الفقه الإسلامي وأدلته

الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها

وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

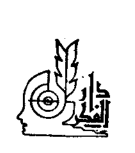
« من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين »

تأليف
الدكتور وهبة الزحيلي

الجزء السابع

الأحوال الشخصية

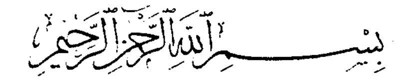
دار الفكر



الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م
ط ١ ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م

سورية - دمشق - شارع سعد الله الجابري - ص.ب (٩٦٢) - س.ت ٢٧٥٤
هاتف ٢١١٠٤١ ، ٢١١١٦٦ - برقياً : فكر - تلكس Tx FKR 411745 Sy

الصف التصويري : على أجهزة .C. T. T السويسرية
الإفشاء (أوفست) : في المطبعة العلمية بدمشق


بسم الله الرحمن الرحيم


الفقه الإسلامي وأدلته

القسم السادس

الأحوال الشخصية

خطة البحث : يشتمل هذا القسم على ستة أبواب :

الباب الأول ـ الزواج وآثاره .

الباب الثاني ـ انحلال الزواج وآثاره ، وفيه فصول أربعة عن الطلاق ، والخلع ، والتفريق القضائي ، والعدة .

الباب الثالث ـ حقوق الأولاد : من نسب ، ورضاع ، وحضانة ، وولاية ، ونفقات الزوجة والأولاد .

الباب الرابع ـ الوصايا .

الباب الخامس ـ الوقف .

الباب السادس ـ الميراث أو الفرائض .

تمهيد

المقصود بالأحوال الشخصية: الأحوال الشخصية اصطلاح قانوني أجنبي يقابل الأحوال المدنية أو المعاملات المدنية، وقسم الجنايات. وقد اشتهر في الجامعات، وأصبح عنوان التأليف في أحكام الأسرة.

ويراد به الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته، بدءاً بالزواج، وانتهاء بتصفية التركات أو الميراث، وهي تشمل ما يأتي:

١ً ـ أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير، وقد بحثناها في النظريات الفقهية.

٢ً ـ أحكام الأسرة من خطبة وزواج وحقوق الزوجين من مهر ونفقة، وحقوق الأولاد من نسب ورضاع ونفقات، وانحلال الزواج بإرادة الزوج كالطلاق والخلع، أو بالتفريق القضائي كالإيلاء واللعان والظهار، والتفريق للعيب والغيبة والضرر وعدم الإنفاق.

٣ً ـ أحكام أموال الأسرة من ميراث، ويسمى فقهاً «الفرائض»، ووصايا وأوقاف ونحوها مما يعد تصرفاً مضافاً لما بعد الموت.

وقد حددت المادة (١٣) من قانون القضاء في مصر، رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ما يعد من الأحوال الشخصية، وهي الفئات الثلاث السابقة، وصدرت قوانين الأحوال الشخصية في سورية وتونس والأردن والعراق والمغرب الأقصى متضمنة أحكام الزواج والأهلية والوصاية على الصغير والوصية، والإرث، إلا أن قانون العراق المشتمل على أحكام المذهبين السني والجعفري لم يتضمن كل أحكام الأحوال الشخصية، وهو فيما عدا أحكام المذهب الجعفري اختصار لكتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا على مذهب الحنفية. وصدر في مصر قوانين خاصة بالميراث عام ١٩٤٣، والوقف عام ١٩٤٦، والوصية عام ١٩٤٦، وأخيراً صدر قانون في الأحوال الشخصية في أواخر السبعينات.

الباب الأول
الزواج وآثاره

فيه فصول سبعة :

الفصل الأول ـ مقدمات الزواج : النظر والخطبة .

الفصل الثاني ـ تكوين الزواج ـ معناه وحكمه ، وأركانه وشروطه ، وأنواعه وحكم كل نوع ، ما يستحب فيه .

الفصل الثالث ـ المحرَّمات من النساء .

الفصل الرابع ـ الأهلية والولاية والوكالة في الزواج .

الفصل الخامس ـ الكفاءة في الزواج .

الفصل السادس ـ آثار الزواج ـ المهر وأحكامه ، الخلوة وأحكامها ، المتعة المادية بعد الطلاق أو قبل الدخول .

الفصل السابع ـ حقوق الزواج وواجباته .

ونبحث هذه الفصول في المذاهب تباعاً .



الفصل الأول

مقدمات الزواج

الخطبة : معناها ، حكمتها ، أنواعها ، ما يترتب على الخطبة ، الخطبة على الخطبة ، مقومات المرأة المخطوبة ، من تباح خطبتها ، خطبة المعتدة ، رؤية المخطوبة ، مقدار ما يباح النظر إليه ، وقت الرؤية وشرطها ، تحريم الخلوة بالمخطوبة ، العدول عن الخطبة وأثره .

أولاً ـ مقدمات الزواج : ذكر ابن رشد[1] أربع مقدمات للزواج هي حكم الزواج شرعاً ، وحكم خُطْبة العقد ، والخِطْبة على الخطبة ، والنظر إلى المخطوبة قبل التزويج . وسنبحث الأمرين الأولين في بحث تكوين الزواج ، وأما الأمران الآخران فمحل بحثهما هنا .

والسبب في اهتمام الشرع بهذه المقدمات : هو الحرص على إقامة الزواج على أمتن الأسس ، وأقوى المبادئ ، لتتحقق الغاية الطيبة منه ، وهي الدوام والبقاء ، وسعادة الأسرة ، والاستقرار ومنع التصدع الداخلي ، وحماية هذه الرابطة من النزاع والخلاف ، لينشأ الأولاد في جو من الحب والألفة والود والسكينة واطمئنان كل طرف إلى الآخر ، قال تعالى : ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾ .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢ .

ثانياً ـ معنى الخِطْبة : الخطبة : هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة ، وإعلام المرأة أو وليها بذلك . وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب ، أو بواسطة أهله .

فإن وافقت المخطوبة أو أهلها ، فقد تمت الخطبة بينهما ، وترتبت عليها أحكامها وآثارها الشرعية التي سنذكرها .

ثالثاً ـ حكمة الخطبة : الخطبة كغيرها من مقدمات الزواج طريق لتعرف كل من الخاطبين على الآخر ، إذ أنها السبيل إلى دراسة أخلاق وطبائع وميول الطرفين ، ولكن بالقدر المسموح به شرعاً ، وهو كاف جداً ، فإذا وجد التلاقي والتجاوب أمكن الإقدام على الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة ، واطمأن الطرفان إلى أنه يمكن التعايش بينهما بسلام وأمان ، وسعادة ووئام ، وطمأنينة وحب ، وهي غايات يحرص عليها كل الشبان والشابات والأهل من ورائهم .

رابعاً ـ أنواع الخطبة : الخطبة إما أن تكون بإبداء الرغبة فيها صراحة ، كأن يقول الخاطب : أريد الزواج من فلانة ، وإما أن تكون مفهومة ضمناً أو بالتعريض والقرائن ، بمخاطبة المرأة مباشرة ، كأن يقول لها : إنك جديرة بالزواج ، أو يسعد بك صاحب الحظ ، أو أبحث عن فتاة لائقة مثلك ، ونحوها .

خامساً ـ ما يترتب على الخطبة : الخطبة مجرد وعد بالزواج ، وليست زواجاً[1] ، فإن الزواج لا يتم إلا بانعقاد العقد المعروف ، فيظل كل من الخاطبين أجنبياً عن الآخر ، ولا يحل له الاطلاع إلا على المقدار المباح شرعاً وهو الوجه والكفان ، كما سيأتي . نص قانون الأحوال الشخصية السوري (م ٢) على ما يلي : الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية ، لا تكون زواجاً .

---

(١) إن ما يشيع بين الناس من أن قراءة الفاتحة تبيح كل شيء هو غلط محض ، ومنكر قبيح ، وجهل بأحكام الدين ، فذلك كله مجرد وعد لا عقد ، والعقد وحده هو الذي يبيح ما كان محرماً قبله .

سادساً ـ الخطبة على الخطبة : يترتب على الخطبة أيضاً حرمة التقدم لخطبة المرأة ممن كان يعلم بتمام خطبتها لغيره، فقد أجمع العلماء على تحريم الخطبة الثانية على الخطبة الأولى إذا كان قد تم التصريح بالإجابة، ولم يأذن الخاطب الأول، ولم يترك الخطبة، فإن خطب الثاني وتزوج والحال هذه فقد عصى، باتفاق العلماء؛ لقوله ﷺ: «لا يبع أحدكم على بيع أخيه[1]، ولا يخطب على خِطْبة أخيه، إلا أن يأذن له»[2]، وفي رواية البخاري: «نهى أن يبيع الرجل على بيع أخيه، وأن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله، أو يأذن له الخاطب»[3].

فهذا النهي صريح في تحريم الخطبة الثانية بعد تمام الموافقة على الخطبة الأولى لخطيب آخر، لما فيها من إيذاء الخاطب الأول، وتوريث عداوته، وزرع الضغينة في نفسه، فإن عدل أحد الطرفين أو أذن لغيره بالتقدم للخطبة، جاز ذلك.

أما إن لم تتم الخطبة الأولى، وكان الأمر في حال مشاورة أو تردد، فالأصح عدم التحريم، ولكن تكره عند الحنفية الخطبة، لإطلاق الأحاديث السابقة الواردة في النهي عن الخطبة على خطبة الغير، والبيع على البيع أو السوم على السوم أي بعد الاتفاق على البيع وقبل عقده.

وأباح الجمهور الخطبة الثانية؛ لأن فاطمة بنت قيس خطبها ثلاثة: وهم معاوية، وأبو جهم بن حذافة، وأسامة بن زيد، بعد أن طلقها أبو عمرو بن حفص بن المغيرة بعد انقضاء عدتها منه، فجاءت إلى رسول الله ﷺ، فأخبرته بذلك، فقال: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال

---

(١) ولكن استثني من ذلك بيع المزايدة: وهو البيع ممن يزيد، فليس من المنهي عنه، وهذه حالة المزاد العلني اليوم (سبل السلام: ٢٣/٣).

(٢) رواه أحمد ومسلم عن ابن عمر (نيل الأوطار: ١٦٧/٥ ـ ١٦٨، سبل السلام: ٢٢/٣ ـ ٢٣، ١١٣).

(٣) ورواه أيضاً ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني.

له ، أنكحي أسامة بن زيد»[1] فهذا يدل على جواز تقدم أكثر من خطيب إذا لم تقبل المرأة الخطبة ، لكن يظهر أن ذلك إذا لم يعلم الخاطب أن غيره قد تقدم لخطبة تلك المرأة ، مما يدل على رجحان الرأي الأول .

وعلى كل حال فالأدب الإسلامي يقضي بالتريث إلى أن تنتهي فترة التردد والمفاوضات والمشاورات التي تحدث عادة ، حفاظاً على صلة الود والمحبة بين الناس ، وبعداً عن إيجاد العداوة وزرع الأحقاد في النفوس .

سابعاً ـ مقومات المرأة المخطوبة :

حرص الإسلام على ديمومة الزواج بالاعتماد على حسن الاختيار ، وقوة الأساس الذي يحقق الصفاء والوئام ، والسعادة والاطمئنان ، وذلك بالدين والخلق ، فالدين يقوى مع مضي العمر ، والخلق يستقيم بمرور الزمن وتجارب الحياة ، أما الغايات الأخرى التي يتأثر بها الناس عادة من مال وجمال وحسب ، فهي وقتية الأثر ، ولا تحقق دوام الارتباط ، وتكون غالباً مدعاة للتفاخر والتعالي ، واجتذاب أو لفت أنظار الآخرين .

لذا قال عليه الصلاة والسلام : «تنكح المرأة لأربع : لمالها ، ولحسبها ، وجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين ، تربت يداك»[2] أي أن الذي يرغب في الزواج ويدعو الرجال إليه عادة أحد هذه الخصال الأربع ، وآخرها عندهم ذات الدين ، فأمرهم النبي ﷺ بأنهم إذا وجدوا ذات الدين ، فلا يعدلوا عنها ، وإلا أصيب الرجل بالإفلاس والفقر .

---

(١) رواه مسلم عن فاطمة بنت قيس ، وهي امرأة قرشية أخت الضحاك بن قيس ، وهي من المهاجرات الأول ، كانت ذات جمال وفضل وكمال (سبل السلام : ١٢٩/٣) .

(٢) متفق عليه بين أصحاب الكتب السبعة (أحمد والكتب الستة) عن أبي هريرة . والحسب : هو الفعل الجميل للرجل وآبائه (سبل السلام : ١١١/٣) .

ثم نهى ﷺ صراحة عن زواج المرأة لغير دينها، وحذر من عاقبة المال والجمال، فقال: «لا تنكحوا النساء لحسنهن، فلعله يرديهن، ولا لمالهن فلعله يطغيهن، وانكحوهن للدين، ولأمة سوداء خرقاء ذات دين أفضل»[1].

وورد في صفة خير النساء: «قيل: يا رسول الله، أي النساء خير؟ قال: التي تسره إن نظر، وتطيعه إن أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره»[2] وللبيئة تأثير كبير، فلا يغترن الشاب بجمال في بيئة ذات تربية وضيعة، روى الدارقطني والديلمي عن أبي سعيد مرفوعاً أن رسول الله ﷺ قال: «إياكم وخضراء الدِّمَن، قالوا: وما خضراء الدمن يا رسول الله؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء» لكن قال الدارقطني: لا يصح من وجه.

وحسن اختيار المرأة ذو هدفين: إسعاد الرجل، وتنشئة الأولاد نشأة صالحة تتميز بالاستقامة وحسن الأخلاق، لذا قال عليه الصلاة والسلام: «تخيروا لنطفكم، فانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم»[3].

ويمكن تلخيص ضوابط مقومات المرأة المخطوبة على النحو الآتي كما أبان الشافعية والحنابلة وغيرهم[4]، فقالوا: يستحب ما يلي:

١ً ـ أن تكون المرأة ديِّنة، للحديث السابق: «فعليك بذات الدين».

٢ً ـ أن تكون ولوداً، لحديث: «تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»[5]. ويعرف كون البكر ولوداً بكونها من نساء يعرفن بكثرة الأولاد.

---

(١) أخرجه ابن ماجه والبزار والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعاً (المرجع السابق).

(٢) أخرجه النسائي وأحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه (المرجع السابق).

(٣) حديث صححه الحاكم عن عائشة، ورواه الحاكم وابن ماجه والبيهقي والدارقطني، وقال عنه أبو حاتم الرازي: ليس له أصل، وقال ابن الصلاح: له أسانيد فيها مقال.

(٤) كشاف القناع: ٥ / ٧ ـ ٨، مغني المحتاج: ٣ / ١٢٦ وما بعدها، الشرح الصغير: ٢ / ٣٤١.

(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه، وأبو داود والنسائي والحاكم وصحح إسناده عن معقل بن يسار.

٣ً ـ أن تكون بكراً ، لقوله ﷺ لجابر : « فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك ؟ »[١] .

٤ً ـ وأن تكون من بيت معروف بالدين والقناعة ؛ لأنه مظنّة دينها وقناعتها .

٥ً ـ وأن تكون حسيبة : وهي النسيبة ، أي طيبة الأصل ، ليكون ولدها نجيباً ، فإنه ربما أشبه أهلها ونزع إليها ، لحديث « ولحسبها » .

ولا ينبغي تزوج بنت زنا ولقيطة ومن لا يعرف أبوها ، أي أن الزواج حينئذ مكروه .

٦ً ـ وأن تكون جميلة ؛ لأنه أسكن لنفسه ، وأغض لبصره ، وأكمل لمودته ، ولذلك جاز النظر قبل الزواج ، ولحديث أبي هريرة السابق : « قيل : يا رسول الله ، أي النساء خير ؟ ... » لكن كره الشافعية خطبة المرأة الفائقة الجمال .

٧ً ـ وأن تكون أجنبية غير ذات قرابة قريبة ؛ لأن ولدها يكون أنجب ، وقد قيل : «إن الغرائب أنجب ، وبنات العم أصبر» ولأنه لا يأمن الطلاق ، فيفضي مع القرابة إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ، واستدل الرافعي لذلك تبعاً للوسيط بحديث : « لا تنكحوا القرابة القريبة ، فإن الولد يخلق ضاوياً » أي نحيفاً ، وذلك لضعف الشهوة .

٨ً ـ ألا يزيد على واحدة إن حصل بها الإعفاف ، لما فيه من التعرض للمحرم ، قال تعالى : ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾ وقال ﷺ : « من كان له امرأتان ، فمال إلى إحداهما ، جاء يوم القيامة ، وشقه مائل»[٢] .

ويكره الزواج بالزانية أي المشهورة بالزنا ، وإن لم يثبت عليها الزنا .

---

(١) متفق عليه .

(٢) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربع) .

ثامناً ـ من تباح خطبتها :

الخطبة ـ كما هو واضح ـ مقدمة الزواج ووسيلته ، فإذا كان الزواج بالمرأة ممنوعاً شرعاً ، كانت خطبتها ممنوعة أيضاً ، وإذا كان الزواج بها مباحاً شرعاً ، كانت خطبتها مباحة أيضاً . وقد يوجد مانع شرعي مؤقت من الخطبة والزواج ، لذا يشترط لإباحة الخطبة شرطان :

الشرط الأول ـ ألا يحرم الزواج بها شرعاً[1] :

بأن كانت من المحارم المحرمة تحريماً مؤبداً ، كالأخت والعمة والخالة ، أو تحريماً مؤقتاً ، كأخت الزوجة ، وزوجة الغير ، لما في حالات المؤبد من الضرر بالأولاد والضرر الاجتماعي ، ولما في المؤقت من النزاع والفساد .

خطبة المعتدة : ومن حالات التحريم المؤقت : أن تكون معتدة ، أي في أثناء العدة من زواج سابق[2] : فإنه يحرم باتفاق الفقهاء الخطبة الصريحة أو المواعدة للمعتدة مطلقاً ، سواء أكانت بسبب عدة الوفاة ، أم عدة الطلاق الرجعي أم البائن ، لمفهوم قوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، أو أكننتم في أنفسكم ، علم الله أنكم ستذكرونهن ، ولكن لا تواعدوهن سراً ، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ .

والتصريح : ما يقطع بالرغبة في الزواج ، مثل : أريد أن أتزوجك ، وإذا انقضت عدتك تزوجتك .

وسبب تحريم الخطبة بطريق التصريح : أنه ربما تكذب في انقضاء العدة ، ولأن

---

(١) البدائع : ٢٥٦/٢ ، ٢٦٨ .

(٢) الدر المختار : ٣٨٠/٢ ، ٧٣٨ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٢٢/١ وما بعدها ، البدائع : ٢٦٨/٢ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٧٨ ، الشرح الصغير : ٣٤٣/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٥ ، المهذب : ٤٧/٢ ، مغني المحتاج : ١٣٥/٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٧/٥ .

في خطبتها اعتداء على حق المُطلِّق، والاعتداء على حق الغير حرام شرعاً، لقوله تعالى: ﴿ ولا تعتدوا، إن الله لا يحب المعتدين ﴾.

وأما الخطبة بطريق التعريض: وهو القول المفهم للمقصود وليس بنص فيه، ومنه الهدية، أو هو ما يحتمل الرغبة في الزواج وعدمها، كقوله لها: أنت جميلة، ورب راغب فيك، ومن يجد مثلك، ولست بمرغوب عنك، أو عسى أن ييسر الله لي امرأة صالحة، أو نحو ذلك:

أ ـ فإن كان سبب العدة وفاة الزوج، جازت الخطبة باتفاق الفقهاء؛ لانتهاء الزوجية بالوفاة، فلا يكون في خطبتها اعتداء على حق الزوج ولا إضرار به.

ب ـ وإن كان سبب العدة هو الطلاق:

فإن كان الطلاق رجعياً، حرمت الخطبة باتفاق الفقهاء؛ لأن لمن طلَّقها الحق في مراجعتها أثناء العدة، فتكون خطبتها اعتداء على حقه، فهي زوجة أو في معنى الزوجة.

وإن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى أو كبرى، ففي خطبة المعتدة منه بالتعريض رأيان:

رأي الحنفية: تحريم الخطبة؛ لأن لمُطلِّقها في حالة البينونة الصغرى أن يعقد عليها مرة أخرى قبل انقضاء العدة، كما بعدها، فلو أبيحت خطبتها، لكان في ذلك اعتداء على حقوقه، ومنع له من العودة إلى زوجته مرة أخرى، كالمطلقة الرجعية. وأما في حالة البينونة الكبرى فتمنع الخطبة في العدة بطريق التعريض، لكيلا تكذب المرأة في الإخبار بانتهاء عدتها، ولئلا يظن أن هذا الخاطب كان سبباً في تصدع العلاقة الزوجية السابقة. وأما آية ﴿ ولا جناح عليكم ﴾ فهي خاصة بالمعتدات للوفاة بدليل الآية التي قبلها: ﴿ والذين يتوفون ﴾.

رأي الجمهور: جواز الخطبة، لعموم الآية السابقة: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرَّضتم به ...﴾ وقوله: ﴿إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾ أي لا تواعدوهن إلا بالتعريض دون التصريح، ولانقطاع سلطنة الزوج عن البائن، فالطلاق البائن بنوعيه يقطع رابطة الزوجية، فلا يكون في خطبتها تعريضاً اعتداء على حق المُطلِّق، فتشبه المعتدة بسبب الوفاة.

وقد رجح مذهب الجمهور في البينونة الكبرى إذ لا ضغينة في نفس الزوج وقد أكمل الطلاق، ورجح مذهب الحنفية في البينونة الصغرى.

وإذا عقد على المعتدة زواج في العدة، ودخل الزوج بها، فسخ الزواج بالاتفاق، لنهي الله عنه، وتأبد تحريمها عليه عند مالك وأحمد والشعبي، فلا يحل نكاحها أبداً، وبه قضى عمر؛ لأنه استحل ما لا يحل، فعوقب بحرمانه، كالقاتل يعاقب بحرمانه ميراث من قتله.

وقال الحنفية والشافعية: يفسخ النكاح، فإذا انتهت العدة، جاز لهذا الزوج أن يخطبها مرة أخرى ويتزوجها، ولم يتأبد التحريم؛ لأن الأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم دليل على الحرمة من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا دليل من هذا.

الشرط الثاني ـ ألا تكون المخطوبة مخطوبة سابقاً لخاطب آخر: إذ لا تحل خطبة المخطوبة[1]، للحديث السابق: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن». وقد فصلنا القول في البند السادس السابق في الخطبة على الخطبة، وظاهر النهي في هذا الحديث وغيره يدل على التحريم، ولأنه نهي عن الإضرار بالإنسان، فكان مقتضاه التحريم كالنهي عن أكل ماله، وسفك دمه.

فإن فعل، فزواجه عند الجمهور صحيح وعليه الإثم، ولا يفرق بين الزوجين عند

---

(١) مختصر الطحاوي: ص ١٧٨، المهذب: ٤٧/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٠٥، الشرح الصغير: ٣٤٢/٢ وما بعدها، المغني: ٦٠٧/٦.

الجمهور، كالخطبة في العدة؛ لأن النهي ليس متوجهاً إلى نفس العقد، بل هو متوجه إلى أمر خارج عن حقيقته، فلا يقتضي بطلان العقد، كالتوضؤ بماء مغصوب.

وروي عن مالك وداود أنه لا يصح؛ لأنه نكاح منهي عنه، فكان باطلاً كنكاح الشغار. والمعتمد عند المالكية: أنه إذا رفعت الحادثة لحاكم، وثبت عنده العقد على المخطوبة ببينة أو إقرار، وجب عليه فسخه قبل الدخول بطلقة بائنة.

تاسعاً ـ رؤية المخطوبة:

حرمة النظر إلى الأجنبية: يحرم نظر كبير بالغ، ولو شيخاً وعاجزاً عن الوطء، عاقل مختار، ولو لغير شهوة أو عند عدم الفتنة إلى عورة امرأة أجنبية (غير محرم)، والعورة: هي ما عدا الوجه والكفين[1]؛ لأن النظر مظنة الفتنة، ومحرك للشهوة، ولقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم، ويحفظوا فروجهم، ذلك أزكى لهم ...﴾ وقوله ﷺ لعلي بن أبي طالب: «يا علي لا تُتْبع النظرةَ النظرة، فإنما لك الأولى، وليست لك الآخِرة»[2] وقوله ﷺ: «ما من مسلم ينظر إلى محاسن امرأة، ثم يغض بصره إلا أخلف الله له عبادة، يجد حلاوتها في قلبه»[3] وقوله أيضاً في الحديث القدسي: «النظرة سهم من سهام إبليس، من تركها من مخافتي، أبدلته إيماناً يجد حلاوته في قلبه»[4].

والأصح عند الشافعية: أن المراهق وهو من قارب الحلم حكمه في نظره للأجنبية كالبالغ، فيلزم الاحتجاب منه، كالمجنون في ذلك لظهوره على العورات. ويحرم نظر

---

(١) الكتاب مع اللباب: ١٦٢/٤، القوانين الفقهية: ص ١٩٣ ـ ١٩٤، مغني المحتاج: ١٢٨/٣ وما بعدها، كشاف القناع: ٩/٥ ـ ١٥، المغني: ٥٥٢/٦ ـ ٥٦٣، أحكام القرآن لابن العربي: ١٣٦٢/٣، أحكام القرآن للجصاص: ٣١٨/٣، الشرح الصغير: ٢٨٨/١ وما بعدها.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن بُريدة (نيل الأوطار: ١١١/٦).

(٣) رواه أحمد.

(٤) رواه الطبراني والحاكم عن ابن مسعود (النفحات السلفية شرح الأحاديث القدسية: ص ١٠٣).

أمرد (وهو الشاب الذي لم تنبت لحيته) بشهوة أو بغيرها في الأصح المنصوص عند الشافعية ، وأجاز الحنابلة النظر إلى الغلام بغير شهوة ؛ لأنه ذكر أشبه الملتحي ، ما لم يخف ثوران الشهوة .

واللائق بمحاسن الشريعة سد الباب والإعراض عن مواطن الشبهات من دخول الأقارب غير المحارم كالأخ وابن العم على بعضهم ، والخلوة بالمرأة الأجنبية ، لقول النبي ﷺ : «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو مَحْرم منها ، فإن ثالثهما الشيطان»[1] وقوله عليه السلام : «إياكم والدخول على النساء ، فقال رجل من الأنصار: يا رسول الله ، أفرأيت الحَمْو؟ قال : الحمو: الموت»[2] ومعنى الحمو: يقال : هو أخو الزوج وما أشبهه من أقارب الزوج كابن العم ونحوه .

وصرح الشافعية أنه يحرم أيضاً النظر إلى الوجه والكفين من كل يد ، من رؤوس الأصابع إلى المعصم عند خوف فتنة تدعو إلى الاختلاء بالمرأة لجماع أو مقدماته بالإجماع ، وكذا عند الأمن من الفتنة فيما يظهر له من نفسه من غير شهوة على الصحيح ، لاتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات الوجوه . ولو نظر إلى الوجه والكفين بشهوة : وهي قصد التلذذ بالنظر المجرد وأمن الفتنة ، حرم قطعاً .

من يحل له النظر : يحل نظر الصبي غير البالغ والمجنون والمستكره ، لعدم الشهوة ، ولقوله تعالى في آية سورة النور [٣١] : ﴿ أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ﴾ .

ويحل النظر من التابعين غير أولي الإربة ، لقوله تعالى في سورة النور [٣١] : ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ... أو التابعين غير أولي الإربة ﴾ والمراد بالإربة هنا : الحاجة إلى النساء ، والمراد بالتابعين : الذين يتبعون الناس لينالوا من فضل

---

(١) رواه أحمد عن جابر ، وفي معناه حديث متفق عليه عن ابن عباس (نيل الأوطار : ١١١/٦) .

(٢) رواه أحمد والبخاري والترمذي وصححه عن عقبة بن عامر (المرجع السابق) .

طعامهن ، من غير أن تكون لهم حاجة في النساء ، ولا ميل لهن .

واختلف السلف وأئمة المذاهب في تعيين المراد بغير أولي الإربة من الرجال ، فقال ابن عباس : هو المخنث : الذي لا يقوم عليه آلة . وقال مجاهد وقتادة : الذي لا أرب له في النساء .

ورأى الشافعية أن المخنث : وهو المتشبه بالنساء ، والمجبوب : وهو مقطوع الذكر فقط ، والخصي : وهو من بقي ذكره دون أنثييه ، والخنثى المشكل ، حكمهم حكم الرجل العادي .

ورأي الحنفية كالشافعية في المخنث : لا يجوز له النظر ، بدليل ما روته عائشة ، قالت : كان يدخل على أزواج النبي ﷺ مخنث ، فكانوا يعدونه من غير أولي الإربة ، قالت : فدخل رسول الله ﷺ ذات يوم ، وهو ينعت امرأة ، قال : إذا أقبلت أقبلت بأربع ، وإذا أدبرت أدبرت بثمان ، فقال : أرى هذا يعرف ما ههنا ، لا يدخل عليكن ، فحجبوه[1] .

فهو يدل على أن النبي ﷺ حظر دخول المخنث على نسائه ؛ لأنه وصف امرأة أجنبية بحضرة الرجال الأجانب ، وقد نهى الرجل أن يصف امرأته لغيره[2] ، فكيف إذا وصفها غيره من الرجال ؟!

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن المجبوب والكبير والعنين من أولي الإربة ،

---

(١) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي وغيرهم (نيل الأوطار : ٦/١١٥) والمراد بالأربع : طيات البطن من كثرة السمن ، ولكل طية طرفان ، فإذا رآهن الرائي من جهة البطن وجدهن أربعاً ، وإذا رآهن من جهة الظهر وجدهن ثمانياً . والمقصود أنه وصفها بأنها مملوءة البدن بحيث يكون لبطنها طيات ، وذلك لا يكون إلا للسمينة من النساء ، وجرت عادة الرجال غالباً في الرغبة فين تكون بتلك الصفة .
والمخنث : هو الذي يلين في قوله ، ويتكسر في مشيته ، ويتثنى فيها كالنساء . وقد يكون خلقة ، وقد يكون تصنعاً من الفسقة ، ومن كان ذلك فيه خلقة ، فالغالب من حاله أنه لا أرب له في النساء .

(٢) روى البخاري ومسلم (الشيخان) عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : « قال رسول الله ﷺ : « لا تباشر المرأةُ المرأةَ ، فتصفها لزوجها ، كأنه ينظر إليها » (رياض الصالحين : ص ٥٦٧) .

ومثلهم من ذهبت شهوتـه لمرض لا يرجى برؤه، ودليلهم نفس قصـة المخنث السـابقـة التي يفهم منها أن الشريعة رخصت في ذلك للحاجة الماسة إليـه، ولقصـد نفي الحرج به.

والراجح أن المراد بغير أولي الإربة: كل من ليس له حـاجـة إلى النسـاء وأمنت من جهته الفتنة ونقل أوصاف النساء للأجانب، ويشمل الشيخ الذي فنيت شهوتـه، والأبله الذي لا يدري من أمر النساء شيئاً، والمجبوب، والخصي، والممسوح، والعنين، وخـادم القوم للعيش، والمخنث الـذي لا يصف المرأة لغيره، ولا يتعين ذلـك بنوع من هذه الأنواع. فإذا كان أحد هؤلاء أعرف بالنساء وأقدر على وصفهن، منع من النظر.

ويحل للرجل بغير شهوة النظر من محرمه الأنثى من نسب أو رضاع أو مصـاهرة ما عـدا مـا بين السرة والركبـة، فيجوز النظر إلى السرة والركبـة؛ لأنهما ليسـا بعورة بالنسبة لنظر المَحْرَم، ويحرم نظر ما بين السرة والركبة منها إجماعاً.

ويحل نظر رجل إلى رجل، وامرأة إلى امرأة إلا ما بين سرة وركبة.

النظر للمرأة لحـاجـة: ويبـاح للضرورة أو للحـاجـة وبقـدر الحـاجـة نظر الرجل للمرأة الأجنبية في أحوال الخطبة والمعـاملـة في بيع وإجـارة وقرض ونحوهـا، والشهادة، والتعليم، والاستطباب، وخدمـة مريض أو مريضـة في وضوء واستنجـاء وغيرهما، والتخليص من غرق وحرق ونحوهما، وكذا عنـد الحنـابلـة حلق عـانـة من لا يحسن حلق عانته، ونحوها؛ وذلـك بقـدر الحـاجـة؛ لأن مـا جـاز للضرورة يقـدر بقدرها، فينظر عند الشافعية في المعاملة إلى الوجه فقط، وعند الحنابلـة: إلى الوجـه والكفين، ولا يزاد على النظرة الواحدة إلا أن يحتاج إلى ثانية للتحقق، فيجوز.

وليكن النظر في أحوال الحاجة هذه مع حضور محرم أو زوج؛ لأنه لا يـأمن مع الخلوة مواقعـة المحظور، ويستر منهـا مـاعـدا موضع الحـاجـة؛ لأنهـا على الأصـل في التحريم.

فالشرع أباح **التعرف على المخطوبة** من ناحيتين فقط:

الأولى- عن طريق إرسال امرأة يثق الخاطب بها تنظر إليها، وتخبره بصفتها، فقد روى أنس أنه ﷺ «بعث أم سليم إلى امرأة، فقال: انظري إلى عُرْقوبها، وشَمّي معاطفها»[1] وفي رواية «شمي عوارضها»: وهي الأسنان التي في عرض الفم، وهي ما بين الثنايا والأضراس، والمراد اختبار رائحة النكهة. وأما المعاطف فهي ناحيتا العنق، والعرقوب: عصب غليظ فوق العقب، والنظر إلى العرقوب لمعرفة الدمامة والجمال في الرجلين.

وللمرأة أن تفعل مثل ذلك بإرسال رجل، فلها أن تنظر إلى خاطبها، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها.

الثانية- النظر مباشرة من الخاطب للمخطوبة للتعرف على حالة الجمال وخصوبة البدن، فينظر إلى الوجه والكفين والقامة، إذ يدل الوجه على الجمال، والكفان على الخصوبة والنحافة، والقامة على الطول والقصر.

وقد دل الشرع على جواز رؤية من يريد الرجل خطبتها. روى جابر عن رسول الله ﷺ قال: «إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل» قال جابر: «فخطبت جارية، فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها، فتزوجتها»[2].

وعن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال النبي ﷺ: «انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[3] فقد أرشد النبي ﷺ المغيرة إلى رؤية خطيبته قبل الخطبة،

---

(1) أخرجه أحمد والطبراني والحاكم والبيهقي. وفيه كلام (سبل السلام: ١١٣/٣، نيل الأوطار: ١١٠/٦) استنكره أحمد. والمشهور أنه مرسل.

(2) رواه أحمد وأبو داود ورجاله ثقات. وصححه الحاكم (سبل السلام: ١١٢/٣ - ١١٣).

(3) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربع) (نيل الأوطار: ١٠٩/٦ وما بعدها، سبل السلام: ١١٣/٣) ويؤدم: يصلح ويؤلف. والمقصود أن تحصل الموافقة والملاءمة بينكما.

لما في النظر من فائدة هي صلاح حال الزوجين وتحقيق الألفة والمودة بينهما .

وعن أبي حُمَيد أو حميدة ، قال : قال رسول الله ﷺ : «إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخِطْبة ، وإن كانت لا تعلم»[1] .

وعن محمد بن الحنفية عند عبد الرزاق وسعيد بن منصور: «أن عمر خطب إلى علي ابنته أم كلثوم ، فذكر له صغرها ، فقال : أبعث بها إليك ، فإن رضيت فهي امرأتك ، فأرسل بها إليه ، فكشف عن ساقها ، فقالت : لولا أنك أمير المؤمنين لصككت عينيك» . والظاهر أنها صارت امرأته بقول علي .

عاشراً ـ مقدار ما يباح النظر إليه[2] :

يرى أكثر الفقهاء أن للخاطب أن ينظر إلى من يريد خطبتها إلى الوجه والكفين فقط ؛ لأن رؤيتها تحقق المطلوب من الجمال وخصوبة الجسد وعدمها ، فيدل الوجه على الجمال أو ضده لأنه مجمع المحاسن ، والكفان على خصوبة البدن أو عدمها .

وأجاز أبو حنيفة النظر إلى قدميها .

وأجاز الحنابلة النظر إلى ما يظهر عند القيام بالأعمال وهي ستة أعضاء : الوجه والرقبة واليد والقدم والرأس والساق ؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك ، ولإطلاق الأحاديث السابقة : «انظر إليها» ولفعل عمر السابق ، وفعل جابر أيضاً ، وهذا هو الرأي الراجح لدي ولكن لا أفتي به .

وقال الأوزاعي : ينظر إلى مواضع اللحم .

---

(١) رواه أحمد عن موسى بن عبد الله عن أبي حميد (نيل الأوطار : ١١٠/٦) .

(٢) المراجع السابقة في البند التاسع .

وقال داود الظاهري : يجوز النظر إلى جميع البدن ، لظاهر حديث « انظر إليها » .

وللزوج النظر إلى جميع بدن زوجته في حال حياتها ، ولها أيضاً النظر إلى جميع بدن زوجها ، حتى نظر الفرج ، لكن يكره لكل منهما نظر الفرج من الآخر .

الحادي عشر ـ وقت الرؤية وشرطها :

قال الشافعية[1] : ينبغي أن يكون نظر الخاطب إلى المرأة قبل الخطبة ، وأن تكون خفية بغير علم المرأة أو ذويها ، مراعاة لكرامة المرأة وأسرتها ، فإذا أعجبته تقدم لخطبتها من غير إيذاء لها وإحراج لأسرتها ، وهذا هو المعقول ، والراجح عملاً بظاهر الأحاديث التي تدل على أنه يجوز النظر إليها ، سواء أكان ذلك بإذنها أم لا .

وقال المالكية[2] : يجوز نظر وجه الزوجة وكفيها خاصة قبل العقد ، ليعلم بذلك حقيقة أمرها بعلم منها أو وليها ، ويكره استغفالها . والنظر يكون بنفسه أو وكيله إن لم يكن على وجه التلذذ بها ، وإلا منع كما يمنع ما زاد على الوجه والكفين لأنه عورة .

الثاني عشر ـ تحريم الخلوة بالمخطوبة :

بينا أن الخطبة ليست زواجاً ، وإنما هي مجرد وعد بالزواج ، فلا يترتب عليها شيء من أحكام الزواج ، ولا الخلوة بالمرأة أو معاشرتها بانفراد ؛ لأنها ما تزال أجنبية عن الخاطب ، وقد نهى الرسول ﷺ في الأحاديث السابقة عن الخلوة بالأجنبية وعن الجلوس معها إلا مع محرم كأبيها أو أخيها أو عمها ، ومن تلك الأحاديث : « لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له ، فإن ثالثهما الشيطان ، إلا مَحْرمٌ »[3] .

---

(١) مغني المحتاج : ١٢٨/٣ .

(٢) الشرح الصغير : ٣٤٠/٢ ، القوانين الفقهية : ص ١٩٣ ـ ١٩٤ .

(٣) رواه أحمد والشيخان عن عامر بن ربيعة (نيل الأوطار : ١١١/٦) .

وفي هذا القدر أمان وضمان وبُعْد عن التعرض لمخاطر الاحتمالات في المستقبل من فسخ الخطوبة وغيره، وبه يتحقق المطلوب بالجلوس والتحدث إلى المرأة عند وجود محرم لها، وهذا هو الموقف الحكيم المعتدل دون إفراط ولا تفريط.

وأما المعاشرة قبل الزواج والذهاب معاً إلى الأماكن العامة وغيرها، فهو كله ممنوع شرعاً، بل إنه لا يحقق الغاية المرجوة، إذ كل منهما يظهر بغير حقيقته، كما قيل: «كل خاطب كاذب». ولأن الخاطب قد يتعجل الأمور، وقد يستجيب الإنسان لتلبية الغريزة، ويضعف عن مقاومتها في حال الانفراد بالمرأة، فيقع الضرر بها، وتتأثر سمعتها عند العدول عن الخطبة.

الثالث عشر ـ العدول عن الخطبة وأثره:

بما أن الخطبة ليست زواجاً، وإنما هي وعد بالزواج، فيجوز في رأي أكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة[1]، إذ ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام. ولكن يطلب خلقاً ألا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة. وينبغي الحكم على الخطوبة بالموضوعية المجردة، لا بالهوى أو بدون مسوغ معقول، فلا يعدل الخاطب عن عزمه الذي شاءه، إذ هو نقض للعهد أو الوعد، ويستحسن شرعاً وعرفاً التعجيل في العدول إذا بدا سبب واضح يقتضي ذلك، قال الله تعالى: ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ﴾ وقال ﷺ: «اضمنوا لي ستاً من أنفسكم أضمن لكم الجنة: اصدقوا إذا حدثتم، وأوفوا إذا وعدتم، وأدّوا إذا ائتمنتم، واحفظوا فروجكم، وغضوا أبصاركم، وكفوا أيديكم»[2].

حكم انفساخ الخطبة أو أثره: لا يترتب على انفساخ الخطبة أي أثر ما دام لم يحصل عقد.

---

(١) نصت المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري: « لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة ».

(٢) رواه أحمد وابن حبان والحاكم والبيهقي عن عبادة بن الصامت، وهو صحيح.

وأما ماقدمه الخاطب من مهر: فله أن يسترده، سواء أكان قائماً أم هالكاً أم مستهلكاً، وفي حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيمياً، وبمثله إن كان مثلياً، أياً كان سبب العدول، من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة. وهذا متفق عليه فقهاً[1].

ولكن فصل القانون السوري (م ٤) بين حالة كون العدول من جهة الخاطب، وحالة كونه من جهة المخطوبة، أخذاً بعرف الناس اليوم. ففي الحالة الأولى: إذا اشترت المرأة جهازاً تخير بين إعادة مثل المهر أو تسليم الجهاز.

وفي الحالة الثانية: يجب عليها إعادة المهر أو قيمته.

هدايا الخطبة: أما رد الهدايا ففيه آراء فقهية:

١ ـ قال الحنفية[2]: هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه. فإذا كان ماأهداه الخاطب موجوداً فله استرداده. وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام، وصنع القماش ثوباً، فلا يحق للخاطب استرداد بدله.

٢ ـ وفصل المالكية[3] بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإذا عدل الخاطب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجوداً. وإذا عدلت المخطوبة، فللخاطب أن يسترد الهدايا، سواء أكانت قائمة أم هالكة، فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها. وهذا حق وعدل.

---

(١) نصت المادة الثامنة من قانون حقوق العائلة العثماني على مايلي: إذا امتنع أحد الزوجين ـ أي الخاطبين ـ أو توفي بعد الرضا بالزواج، فإن كان ماأعطاه الخاطب من أصل المهر موجوداً، يجوز استرداده عيناً، وإن كان قد تلف يجوز استرداده بدلاً».

(٢) رد المحتار: ٥٩٩/٢.

(٣) الشرح الصغير: ٤٥٦/٢.

٣ ـ ورأي الشافعية والحنابلة : أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه ، سواء أكانت موجودة أم هالكة ؛ لأن للهدية حكم الهبة ، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها إلا الوالد فيما أعطى ولده .

وقد أخذ القانون المغربي بمذهب المالكية ، والقانون الأردني بمذهب الحنفية ، فصرح أنه يجري على هدايا الخطبة حكم الهبة . وسكوت القانون السوري يتضمن العمل برأي الحنفية ، إذ نص في المادة (٣٠٥) على أن «كل مالم يرد عليه نص في هذا القانون ، يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي» .

والراجح لدي أن المرأة تستحق جميع ماقدم لها قبل العقد من هدايا ، بدليل مارواه الخمسة إلا الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله ﷺ قال : «أيما امرأة نكحت على صداق أو حَبَاء أو عِدَة قبل عصمة النكاح ، فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أُعطيه»[1] وقد ذهب إلى هذا عمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد ومالك ، والهادوية من الزيدية .

التعويض عن الضرر : أما التعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية التي تترتب على فسخ الخطبة ، كشراء بعض الأمتعة والألبسة ، أو ترك وظيفة أو تفويت خاطب آخر ، أو الإساءة لسمعتها بمجرد العدول عن خطبة طال أمدها كأربع سنوات مثلاً ، فلم ينص عليه فقهاؤنا القدامى .

ويمكن إقراره في الفقه الحديث عملاً بقواعد الشريعة العامة ، أمثال تحريم التغرير وإيجابه الضمان ، وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها المالكية والحنابلة ، وراعاها أبو حنيفة في حقوق العلو والجوار.

---

(١) نيل الأوطار : ١٧٤/٦ .

كما يمكن تأصيل التعويض عن ضرر العدول بمبدأ الالتزام في الفقه المالكي في مشهور الأقوال: وهو أنه في الوعد بشيء يقضى بتنفيذ الوعد إن كان مبنياً على سبب ودخل الموعود بالسبب، أي فيجب الوفاء بالوعد المعلق على سبب، وباشر الموعود السبب ونفذه. مثل: اشتر سلعة أو تزوج امرأة، وأنا أسلفك، فإذا تزوج فعلاً وجب عليه إقراضه. أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

والذي استقر عليه القضاء المصري الآن: ما قررته محكمة النقض سنة ١٩٣٩ وهو ما يلي:

١ ـ الخطبة ليست بعقد ملزم.

٢ ـ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

٣ ـ إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى، ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أي الخطأ الذي سبب ضرراً بالغير.

وهذا يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية، وعلى هذا يفرق بين حالتين:

الأولى ـ إذا كان للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله، كأن يطلب الخاطب إعداد جهاز خاص، أو يطلب من المخطوبة ترك وظيفتها، فتتركها بناء على رغبته، أو تطلب المخطوبة إعداد الخاطب مسكناً خاصاً، فيجوز الحكم بالتعويض عن الضرر لعدوله عن الخطبة، لتسبب العادل في الضرر وتغريره الطرف الآخر.

الثانية ـ ألا يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول، فلا يحكم بالتعويض على العادل، إذ لم يوجد منه سبب الضمان من ضرر أو تغرير.

الفصل الثاني

تكوين الزواج

وفيه مباحث خمسة :

المبحث الأول ـ تعريف الزواج وحكمه في الشرع :

تعريف الزواج[1] : النكاح لغة : الضم والجمع ، أو عبارة عن الوطء والعقد جميعاً ، وهو في الشرع : عقد التزويج ، والزواج شرعاً : عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة ، بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وغير ذلك ، إذا كانت المرأة غير مَحْرم بنسب أو رضاع أو صهر . أو هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة ، وحل استمتاع المرأة بالرجل . فأثر هذا العقد بالنسبة للرجل يفيد الملك الخاص به فلا يحل لأحد غيره ، وأما أثره بالنسبة للمرأة فهو حل الاستمتاع لا الملك الخاص بها ، وإنما يجوز أن تتعدد الزوجات فيصبح الملك حقاً مشتركاً بينهن ، أي أن تعدد الأزواج ممنوع شرعاً ، وتعدد الزوجات جائز شرعاً .

وعرفه الحنفية بقولهم : عقد يفيد ملك المتعة قصداً ، أي حل استمتاع الرجل من امرأة ، لم يمنع من نكاحها مانع شرعي ، بالقصد المباشر .

---

(١) فتح القدير مع العناية : ٢/٣٣٩ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤/٩٤ وما بعدها ، اللباب : ٣/٣ ، الدر المختار : ٢/٣٥٥ ـ ٣٥٧ ، الشرح الصغير : ٢/٣٣٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣/١٢٣ ، المغني : ٦/٤٤٥ ، كشاف القناع : ٥/٣ .

فخرج بكلمة «المرأة»: الذكر والخنثى المشكل لجواز ذكورته، وخرج بقوله «مالم يمنع من نكاحها مانع شرعي»: المرأة الوثنية، والمحارم، والجنّية، وإنسان الماء، لاختلاف الجنس؛ لأن قوله تعالى: ﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً ﴾ بين المراد من قوله تعالى: ﴿ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ﴾ وهو الأنثى من بنات آدم، فلا يثبت حل غيرها بلا دليل، ولأن الجن يتشكّلون بصور شتى، فقد يكون ذكراً تشكَّل بشكل أنثى.

وخرج بكلمة «قصداً» حل الاستمتاع ضمناً بواسطة شراء أمة للتسري. ووضع بعضهم كلمة «بطريق الأصالة» بدل كلمة «قصداً».

وعرفه أيضاً بعض الحنفية بأنه عقد وضع لتمليك منافع البُضْع.

هل يراد شرعاً بالنكاح الوطء أم العقد؟ النكاح عند أهل الأصول واللغة حقيقة في الوطء، مجاز في العقد، فحيث جاء في الكتاب أو السنة مجرداً عن القرائن يراد به الوطء، كما في قوله تعالى: ﴿ ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء ﴾ فتحرم مزنية الأب على الابن، أي على فروعه، وتكون حرمتها على الفروع ثابتة بالنص القرآني. وأما حرمة التي عقد عليها عقداً صحيحاً على الفروع فبالإجماع. ولو قال لزوجته: إن نكحتك فأنت طالق، تعلق الشرط بالوطء، وكذا لو أبانها قبل الوطء، ثم تزوجها، تطلق بالوطء، لا بالعقد. أما نكاح المرأة الأجنبية فيراد به العقد؛ لأن وطأها لما حرم عليه شرعاً، كانت الحقيقة مهجورة، فتعين المجاز.

والنكاح عند الفقهاء ومنهم مشايخ المذاهب الأربعة: حقيقة في العقد، مجاز في الوطء؛ لأنه المشهور في القرآن والأخبار، وقد قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية: ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى: ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ لخبر الصحيحين: «حتى تذوقي عسيلته» فالمراد به العقد، والوطء مستفاد من هذا الخبر.

الحكم الشرعي للزواج :

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقوله الله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ الآية ، وقوله : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ .

وأما السنة : فقول النبي ﷺ : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة ، فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء »[(١)] والباءة : مؤن الزواج وواجباته . وآي وأخبار سوى ذلك كثيرة .

وأجمع المسلمون على أن الزواج مشروع .

وحكمة مشروعيته : إعفاف المرء نفسه وزوجه عن الوقوع في الحرام ، وحفظ النوع الإنساني من الزوال والانقراض ، بالإنجاب والتوالد ، وبقاء النسل وحفظ النسب ، وإقامة الأسرة التي بها يتم تنظيم المجتمع ، وإيجاد التعاون بين أفرادها ، فالزواج تعاون بين الزوجين لتحمل أعباء الحياة ، وعقد مودة وتعاضد بين الجماعات ، وتقوية روابط الأسر ، وبه يتم الاستعانة على المصالح .

وأما نوع أو صفة الزواج شرعاً بحسب طلب الشارع فعله أو تركه ، فيعرف عند الفقهاء بحسب أحوال الناس[(٢)] :

١ ـ الفرضية : يكون الزواج عند عامة الفقهاء فرضاً إذا تيقن الإنسان الوقوع في الزنا لو لم يتزوج ، وكان قادراً على نفقات الزواج من مهر ونفقة الزوجة ، وحقوق

---

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن عبد الله بن مسعود (سبل السلام : ١٠٩/٣) .

(٢) تبيين الحقائق : ٩٥/٢ ، فتح القدير : ٣٤٢/٢ ، الدر المختار : ٣٥٨/٢ ، البدائع : ٢٢٨/٢ ، الشرح الصغير : ٣٣٠/٢ ، القوانين الفقهية : ص ١٩٣ ، بداية المجتهد : ٢/٢ ، المهذب : ٣٣/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٢٥/٣ وما بعدها ، المغني : ٤٤٦/٦ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥/٤ .

الزواج الشرعية ، ولا يستطيع الاحتراز عن الوقوع في الفاحشة بالصوم ونحوه ؛ لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وطريقه الزواج .

ولا فرق بين الفرضية والوجوب عند الجمهور .

ورأى الحنفية : أن الزواج واجب إذا خاف المرء الوقوع في الفاحشة بعدم الزواج خوفاً دون اليقين ، وكان قادراً على مؤن الزواج ، من مهر ونفقة ، ولا يخاف ظلم المرأة ولا التقصير في حقها .

٢ ـ التحريم : يحرم الزواج إذا تيقن الشخص ظلم المرأة والإضرار بها إذا تزوج ، بأن كان عاجزاً عن تكاليف الزواج ، أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى ؛ لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام .

وإذا تعارض ما يجعل الزواج فرضاً وما يجعله حراماً بأن تيقن أنه سيقع في الزنا إن لم يتزوج ، وتيقن أيضاً أنه سيظلم زوجته ، كان الزواج حراماً ؛ لأنه إذا اجتمع الحلال والحرام ، غلب الحرام الحلال ، ولقوله تعالى : ﴿ وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله ﴾ ولحديث « يا معشر الشباب » السابق الذي يرشد إلى الصوم لعصمة النفس من الشهوات . وربما قيل : يفضل الزواج حينئذ ؛ لأن الرجل بعد الزواج تلين طباعه ، وترتقي معاملته ، وتخف قسوته وتزول عُقَده ، ولأن في عدم الزواج غلبة الظن في الوقوع بالزنا .

٣ ـ الكراهة : يكره الزواج إذا خاف الشخص الوقوع في الجور والضرر خوفاً لا يصل إلى مرتبة اليقين إن تزوج ، لعجزه عن الإنفاق ، أو إساءة العشرة ، أو فتور الرغبة في النساء . وتكون الكراهة عند الحنفية تحريمية أو تنزيهية بحسب قوة الخوف وضعفه . ويكره عند الشافعية لمن به علة كهرم أو مرض دائم أو تعنين دائم ، أو كان ممسوحاً ، ويكره أيضاً عندهم نكاح بعد خطبة على خطبة غيره إن عُرِّض فيها

بالإجابة، ونكاح المحلل إذا لم يشرط في العقد ما يخل بمقصوده، ونكاح الغرور كأن غرر الزوج بإسلام امرأة أو بحريتها أو بنسب معين.

٤ـ الاستحباب أو الندب في حالة الاعتدال: يستحب عند الجمهور غير الشافعي الزواج إذا كان الشخص معتدل المزاج، بحيث لا يخشى الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، ولا يخشى أن يظلم زوجته إن تزوج. وحالة الاعتدال هذه هي الغالبة عند أكثر الناس.

ودليل كون الزواج سنة الحديث السابق: «يا معشر الشباب» وحديث الرهط الثلاثة الذين عزموا على أمور، الأول ـ أن يصلي الليل أبداً، والثاني ـ أن يصوم الدهر أبداً، والثالث ـ أن يعتزل النساء فلا يتزوج أبداً، فقال النبي ﷺ: «أما والله، إني لأخشاكم لله، وأتقاكم له، ولكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي، فليس مني»[١].

ويؤيده أن الرسول ﷺ تزوج وداوم عليه، وكذلك أصحابه تزوجوا وداوموا عليه، وتابعهم المسلمون في الزواج، فالمداومة والمتابعة دليل السنية.

وهذا الرأي هو المختار.

وقال الشافعي: إن الزواج في هذه الحالة مباح، يجوز فعله وتركه، وإن التفرغ للعبادة أو الاشتغال بالعلم أفضل من الزواج؛ لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله: ﴿وسيداً وحصوراً﴾ والحصور: الذي لا يأتي النساء مع القدرة على إتيانهن، فلو كان الزواج أفضل لما مدح بتركه. ورد هذا بأنه شرع من قبلنا، وشريعتنا على خلافه.

وقال تعالى: ﴿زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين﴾ وهذا في معرض الذم.

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي عن أنس بن مالك رضي الله عنه (جامع الأصول: ١/٢٠١).

وإنما لم يجب لقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ إذ الواجب لا يتعلق بالاستطابة، ولقوله تعالى: ﴿مثنى وثلاث ورباع﴾ ولا يجب العدد بالإجماع، ولقوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾.

ورد السبكي التعليل الأول: بأنه ليس المراد بالآية المستطاب، وإنما المراد الحلال؛ لأن في النساء محرمات بآية ﴿حرمت عليكم أمهاتكم ...﴾ الآية.

إعفاف الوالد: ولكن تحقيقاً للترغيب الشرعي في الزواج قال الشافعية على المشهور[1]: يلزم الولد ذكراً كان أو أنثى إعفاف الأب والأجداد؛ لأنه من وجوه حاجاتهم المهمة كالنفقة والكسوة، ولئلا يعرضهم للزنا المفضي إلى الهلاك، وذلك لا يليق بحرمة الأبوة، وليس من المصاحبة بالمعروف المأمور بها شرعاً، والإعفاف: بأن يعطيه مهر امرأة حرة تعفه، أو يقول: تزوج وأعطيك المهر، أو يزوجه بإذنه ويدفع المهر.

ويجب تجديد الإعفاف إذا ماتت الزوجة، أو انفسخ النكاح بردة منها، أو فسخ الزوج النكاح بعيب في الزوجة، كذا إذا طلق بعذر في الأصح.

وإنما يجب الإعفاف بشرطين:

الأول ـ لمن كان فاقد المهر في الواقع. ولا يلزم الإعفاف إذا كان الأب قادراً على المهر بالكسب.

الثاني ـ للمحتاج إلى الزواج: بأن تتوق نفسه إلى الوطء، وإن لم يخف الزنا، أو كان عنده من لا تعفه كصغيرة وعجوز شوهاء. ويحرم طلب الزواج ممن لم يضر به العزوبة، ولم يشق عليه الصبر.

---

(١) مغني المحتاج: ٢١١/٣ ـ ٢١٣.

ولو احتاج لعقد النكاح لا للتمتع، بل للخدمة لنحو مرض، وجب إعفافه إذا تعينت الحاجة إليه، لكن لا يسمى إعفافاً.

هل الزواج عبادة؟ الزواج عند الشافعية من الأعمال الدنيوية كالبيع ونحوه، وهو ليس بعبادة، بدليل صحته من الكافر، ولو كان عبادة لما صح منه، والقصد منه قضاء شهوة النفس، والعمل بالعبادة عمل لله تعالى، والعمل لله تعالى أفضل من العمل للنفس.

ورد ذلك بأنه إنما صح من الكافر، وإن كان عبادة، لما فيه من عمارة الدنيا، كعمارة المساجد والجوامع، فإن هذه تصح من المسلم، وهي منه عبادة، ومن الكافر وليست منه عبادة، ويدل لكونه عبادة أمر النبي ﷺ، والعبادة تتلقى من الشرع، فالزواج من قبيل العبادة، لما يشتمل عليه من المصالح الكثيرة التي منها تحصين النفس وإيجاد النسل، وقد قال عنه النبي ﷺ: «وفي بُضع أحدكم صدقة»[1].

ونظراً لضعف هذه الأدلة التي ذكرت للشافعي، قال الإمام النووي: إن لم يتعبد فاقد الحاجة للنكاح، واجد الأهبة (وهي مؤن الزواج من مهر وكسوة ونفقة يومه)، فالنكاح له أفضل من تركه في الأصح، كيلا تفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش. وقال: النكاح مستحب لمحتاج إليه يجد أهبته، فإن فقدها استحب تركه، ويكسر شهوته بالصوم، فإن لم يحتج كره إن فقد الأهبة، وإلا فلا يكره له لقدرته عليه.

وقال الظاهرية: إن الزواج في حالة الاعتدال هذه فرض، متى كان الإنسان قادراً عليه، وعلى مؤنه المطلوبة، بدليل ظواهر الآيات السابقة: ﴿فانكحوا ما طاب...﴾ ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾ والأحاديث المتقدمة: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج» والأمر يفيد الوجوب، فيكون الزواج واجباً. ورد عليه بأن هذا

---

(١) من حديث أبي ذر عند مسلم، ومطلعه: ذهب أهل الدثور بالأجور.

الوجوب مصروف إلى الندب والاستحباب بدليل قوله : ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ وقوله : ﴿ أو ما ملكت أيمانكم ﴾ ولأن النبي ﷺ لم يحتم الزواج على كل واحد .

ويؤيد هذا الرأي ما رواه أحمد وابن أبي شيبة وابن عبد البر عن عَكَّاف بن وَدَاعة : «أنه أتى النبي ﷺ ، فقال له : ألك زوجة يا عكاف ؟ قال : لا ، قال : ولا جارية ؟ قال : لا ، قال : وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم ، والحمد لله ، فقال : فأنت إذاً من إخوان الشياطين : إن كنت من رهبان النصارى ، فالحق بهم ، وإن كنت منا فاصنع كما نصنع ، فإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزّابكم ، وإن أرذل موتاكم عزابكم»[1] .

ورد بأن إيجاب الزواج على شخص لا يستلزم إيجابه على الناس جميعاً ؛ لأن سبب وجوبه وجد في حقه ، دون غيره من الناس .

المبحث الثاني ـ أركان الزواج :

تمهيد : الركن عند الحنفية : ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون جزءاً داخلاً في حقيقته . والشرط عندهم : ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ولم يكن جزءاً من حقيقته . والركن عند الجمهور : ما به قوام الشيء ووجوده ، فلا يتحقق إلا به ، أو ما لا بد منه ، وبعبارتهم الشهيرة : هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به ، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء ، سواء أكان جزءاً منه أم خارجاً عنه .

والشرط عندهم : ما يتوقف عليه وجود الشيء ، وليس جزءاً منه .

فالإيجاب والقبول ركن بالاتفاق ، لأن بهما يرتبط أحد العاقدين بالآخر ، والرضا شرط .

وركن الزواج عند الحنفية : الإيجاب والقبول فقط ، وأركان الزواج عند الجمهور أربعة : صيغة (وهي الإيجاب والقبول) وزوجة ، وزوج ، وولي وهما العاقدان . وأما المعقود عليه فهو الاستمتاع الذي يقصده الزوجان من الزواج . وأما المهر فلا يتوقف

---

(١) قال الهيثمي : وفيه راوٍ لم يسم ، وبقية رجاله ثقات .

عليه العقد، وإنما هو شرط كالشهود، بدليل جواز نكاح التفويض، وأما الشهود فشرط أيضاً. وجعل الشهود والمهر ركناً مجرد اصطلاح لبعض الفقهاء.

والإيجاب عند الحنفية: ما يصدر أولاً من أحد العاقدين، سواء أكان الزوج أم الزوجة. والقبول عندهم: ما يصدر ثانياً من الطرف الآخر.

والإيجاب عند الجمهور: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل؛ لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه. والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج.

فإذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك، فقالت: قبلت، كان الأول عند الحنفية إيجاباً، والثاني قبولاً. وعند الجمهور بالعكس؛ لأن ولي المرأة هو الذي يملِّك الزوج حق الاستمتاع، فكلامه هو الإيجاب، والرجل يتملك ذلك، فكلامه هو القبول. وقد نص القانون السوري (م ٥) على أنه: ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين، وقبول من الآخر.

صيغة الزواج:

أولاً ـ ألفاظ الزواج:

الزواج عقد مدني لا شكليات فيه، والعقد: ربط أجزاء التصرف، أي الإيجاب والقبول شرعاً. والمراد بالعقد هنا هو المعنى المصدري وهو الارتباط، والشرع يحكم بأن الإيجاب والقبول موجوان حساً، يرتبطان ارتباطاً حكمياً.

وكل من الإيجاب والقبول قد يكون لفظاً، وقد يكون كتابة أو إشارة، وألفاظ الإيجاب والقبول، منها ما هو متفق على انعقاد الزواج به، ومنها ما هو متفق على عدم انعقاد الزواج به، ومنها ما هو مختلف فيه[1].

---

(١) الدر المختار: ٣٦١/٢ ـ ٣٧٢، البدائع: ٢٢٩/٢ وما بعدها، اللباب: ٣/٣، الشرح الكبير: ٢٢١/٢، الشرح الصغير: ٣٣٤/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ١٩٥، مغني المحتاج: ١٣٩/٣، المهذب: ٤١/٢، بداية المجتهد: ٤/٢، كشاف القناع: ٣٦/٥.

أما الألفاظ التي اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بها: فهي لفظ: أنكحت وزوجت، لورودهما في نص القرآن في قوله تعالى: ﴿ زوجناكها ﴾ وقوله: ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾.

وأما الألفاظ التي اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بها: فهي التي لا تدل على تمليك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدة الحياة، وهي: الإباحة والإعارة والإجارة والمتعة والوصية والرهن والوديعة ونحوها.

وأما الألفاظ التي اختلفوا في انعقاد الزواج بها: فهي لفظ البيع، ولفظ الهبة، ولفظ الصدقة، أو العطية ونحوها مما يدل على تمليك العين في الحال، وبقاء الملك مدة الحياة:

١ ـ فقال الحنفية، والمالكية على الراجح: ينعقد الزواج بها بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج، كبيان المهر وإحضار الناس، وفهم الشهود المقصود؛ لأن المطلوب التعرف على إرادة العاقدين، وليس للفظ اعتبار، وقد ورد في الشرع ما يدل على الزواج بلفظ الهبة والتمليك.

الأول ـ في قوله تعالى: ﴿ وامرأةً مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي، إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ﴾ والخصوصية للنبي في صحة الزواج بدون مهر، لا باستعمال لفظ الهبة.

والثاني ـ قول الرسول ﷺ لرجل لم يملك مالاً يقدمه مهراً: «قد ملكتكها بما معك من القرآن»[1]. وهذا هو الراجح لدي؛ لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني.

(١) متفق عليه عن سهل بن سعد (نيل الأوطار: ١٧٠/٦).

٢ ـ وقال الشافعية والحنابلة: لا ينعقد الزواج بها، ولا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج، لورودهما في القرآن كما بينا، فيلزم الاقتصار عليهما، ولا يصح أن ينعقد بغيرهما من الألفاظ؛ لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به، وآية: ﴿إن وهبت نفسها للنبي﴾ من خصوصيات النبي ﷺ. وحديث «ملكتكها» إما وهم من الراوي، أو أن الراوي رواه بالمعنى، ظناً منه ترادف هذا اللفظ مع لفظ الزواج، وبتقدير صحة الرواية، فهي معارضة برواية الجمهور: «زوجتكها».

وخلاصة المذاهب ما يأتي:

ينعقد الزواج عند الحنفية[١] بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال، كلفظ الهبة والتمليك والصدقة والعطية والقرض والسلَم والاستئجار[٢] والصلح والصرف، والجعل والبيع والشراء، بشرط نية أو قرينة، وفهم الشهود المقصود. ولا ينعقد بقوله: تزوجت نصفك على الأصح احتياطاً، بل لا بد أن يضيفه إلى كلها أو ما يعبر به عن الكل، ومنه الظهر والبطن على الأشبه.

وينعقد عند المالكية[٣] بلفظ التزويج والتمليك، وما يجري مجراهما كالبيع والهبة والصدقة والعطية، بشرط ذكر المهر، ليكون قرينة على إرادة الزواج. فإن لم يذكر المهر فلا ينعقد الزواج، فالألفاظ أربعة: الأول ـ ما ينعقد به الزواج مطلقاً سواء سمى صداقاً أم لا وهو أنكحت وزوجت، والثاني ـ ما ينعقد به إن سمى صداقاً وإلا فلا، وهو وهبت فقط، والثالث ـ ما فيه التردد، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، مثل بعت لك ابنتي بصداق قدره كذا، أو ملكتك إياها أو أحللت أو أعطيت أو منحتك إياها. والرابع ـ ما لا ينعقد به مطلقاً اتفاقاً: وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٣٦٤/٢ ـ ٣٦٥، ٣٦٩ وما بعدها.

(٢) بأن جعلت المرأة بدلاً، مثل: استأجرت دارك بنفسي أوبنتي عند قصد النكاح، بخلاف الإجارة مثل: آجرتك نفسي بكذا.

(٣) شرح الرسالة: ٢٦/٢، الشرح الكبير: ٢٢١/٢، الشرح الصغير: ٣٥٠/٢.

مدة الحياة كالحبس والوقف والإجارة والإعارة والعمرى، وهو الراجح.

وينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة[1] بلفظ التزويج والنكاح فقط، دون ماعداهما كالهبة والتمليك والإجارة، اقتصاراً على المذكور في القرآن.

المعاطاة: اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالتعاطي، احتراماً لأمر الفروج، وخطورتها وشدة حرمتها[2]، فلا يصح العقد عليها إلا بلفظ صريح أو كناية عند الحنفية والمالكية، وبلفظ صريح عند الشافعية والحنابلة كما بينا. ولا ينعقد الزواج على المختار عند الحنفية بالإقرار أي أن الإقرار ليس من صيغ العقد، فلو قالت امرأة: أقر بأنك زوجي، ولم تكن قد حدثت زوجية بينها وبين الرجل، فإنه لا يصح، لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت وليس بإنشاء.

الألفاظ المصحفة[3]: لا ينعقد الزواج عند الحنفية بالألفاظ المصحفة، مثل «تجوزت» أو جوزت أو زوزت، بدل «تزوجت» لعدم القصد الصحيح، لكن لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة، بحيث إنهم يطلبون بها الدلالة على حل الاستمتاع، وتصدر عن قصد واختيار منهم، فينعقد بها الزواج؛ لأنه والحالة هذه يكون وضعاً جديداً منهم[4]، أي أن اللفظ أصبح دالاً على الزواج عرفاً، فينعقد به الزواج، فلا يفهم العاقدان والشهود من تلك الألفاظ إلا أنها عبارة عن التزويج، ولا يقصد منها إلا ذلك المعنى بحسب العرف.

وقال الشافعية: ينعقد الزواج بالألفاظ المحرفة مثل: جوزتك موكلتي.

الألفاظ غير العربية: اتفق أكثر الفقهاء على أن الأجنبي غير العربي العاجز

---

(١) المهذب: ٤١/٢، مغني المحتاج: ١٣٩/٣، كشاف القناع: ٣٧/٥، المغني: ٥٣٢/٦.

(٢) الدر المختار وابن عابدين: ٣٧٢/٢ وما بعدها.

(٣) التصحيف: هو تغيير اللفظ حتى يتغير المعنى المقصود من الوضع اللغوي.

(٤) الدر المختار مع ابن عابدين: ٣٧٠/٢ وما بعدها.

عن النطق بالعربية يصح انعقاد زواجه بلغته التي يفهمها ويتكلم بها ؛ لأن العبرة في العقود للمعاني ، ولأنه عاجز عن العربية ، فسقط عنه النطق بالعربية كالأخرس . وعليه أن يأتي بمعنى التزويج أو الإنكاح بلسانه ، بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي .

أما إذا كان العاقد يحسن التكلم بالعربية : فيجوز عند الجمهور في الأصح عند الشافعية النطق بكل لغة يمكن التفاهم بها ؛ لأن المقصود هو التعبير عن الإرادة ، وذلك واقع في كل لغة ، ولأنه أتى بلفظه الخاص ، فانعقد به ، كما ينعقد بلفظ العربية .

وقال الحنابلة : لا يجوز الزواج إلا بالعربية لمن قدر عليها ، فمن قدر على لفظ الزواج بالعربية ، لم يصح بغيرها ؛ لأنه عدل عن لفظي «الإنكاح والتزويج» مع القدرة عليها ، فلم يصح ، كما لم يصح بألفاظ الهبة والبيع والإحلال[1] .

وقد أخذ القانون السوري (م٦) برأي الجمهور ، فنص على أنه : يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً .

ثانياً ـ صيغة الفعل :

قد تكون صيغة الإيجاب والقبول بلفظ الماضي أو بلفظ المضارع أو بلفظ الأمر ، وقد اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بصيغة الماضي ، واختلفوا في المضارع والأمر[2] .

أ ـ فينعقد الزواج **بصيغة الفعل الماضي** : كأن يقول ولي المرأة للرجل : زوجتك ابنتي فلانة على مهر كذا ، فقال الزوج : قبلت أو رضيت ؛ لأن المقصود بهذه الصيغة إنشاء العقد في الحال ، فينعقد بها العقد من غير توقف على نية أو قرينة .

ب ـ وأما العقد **بصيغة المضارع** : مثل أن يقول الرجل للمرأة في مجلس

---

(١) ابن عابدين : ٣٧١/٢ ، مغني المحتاج : ١٤٠/٣ ، كشاف القناع : ٣٨/٥ ـ ٣٩ ، المغني : ٥٣٣/٦ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٢٣١/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٧٨/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٢٠/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٣٩/٣ ـ ١٤١ ، كشاف القناع : ٣٧/٥ ، المغني : ٥٣٢/٦ ـ ٥٣٤ .

العقد : أتزوجك على مهر قدره كذا ، فقالت : أقبل أو أرضى ، صح العقد عند الحنفية والمالكية إذا كانت هناك قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال ، لا للوعد في المستقبل ، كأن يكون المجلس مهيئاً لإجراء عقد الزواج ، فوجود هذه الهيئة ينفي إرادة الوعد أو المساومة ، ويدل على إرادة التنجيز؛ لأن الزواج بعكس البيع يكون مسبوقاً بالخطبة .

فإن لم يكن المجلس مهيئاً لإنجاز العقد ، ولم توجد قرينة دالة على قصد إنشاء الزواج في الحال ، فلا ينعقد العقد .

ولا ينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة بصيغة المضارع ، وإنما لابد عندهم من لفظ بصيغة الماضي مشتق من النكاح أو الزواج ، بأن يقول الزوج : تزوجت أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها ، ولا يصح بكناية : كأحللتك ابنتي ، إذ لا اطلاع للشهود على النية . ولو قال ولي المرأة : زوجتك ، فقال الزوج : قبلت ، لم ينعقد الزواج لدى الشافعية على المذهب ، وينعقد عند الجمهور غير الشافعية .

جـ- ويصح العقد عند الحنفية والمالكية **بصيغة الأمر :** كأن يقول الرجل لامرأة : زوجيني نفسك ، وقصد بذلك إنشاء الزواج ، لا الخطوبة ، فقالت المرأة : زوجتك نفسي ، تم الزواج بينهما .

وتوجيه ذلك عند الحنفية[1] : أن قول الرجل يتضمن توكيل المرأة في أن تزوجه بنفسها ، فقولها : زوجتك نفسي ، قامت مقام الإيجاب والقبول . والتوجيه عند المالكية أن صيغة الأمر تعتبر إيجاباً للعقد عرفاً ، ولا تعتبر توكيلاً ضمنياً . وهذا القول أوجه .

---

(١) وهذا مقتضى الاستحسان عندهم الذي تركوا به القياس لما روي « أن بلالاً رضي الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار ، فأبوا أن يزوجوه ، فقال : لولا أن رسول الله أمرني أن أخطب إليكم، لما خطبت، فقالوا له : ملكت» ولم ينقل أن بلالاً أعاد القول ، ولو فعل لنقل .

د ـ أما انعقاد الزواج **بلفظ الاستفهام** مثل قول رجل لآخر: زوجتني ابنتك ؟ فقال الآخر: زوجت، أو قال: نعم، فلا يكون عند الحنفية زواجاً، ما لم يقل الموجب بعدئذ: قبلت ؛ لأنه قوله: زوجتني ؟ استفهام أو استخبار، وليس بعقد، بخلاف صيغة الأمر: زوجني، فإنه توكيل ضمني، كما عرفنا.

والخلاصة: لا ينعقد الزواج عند الشافعية إلا بصيغة الماضي، ومن مادة الزواج والنكاح، وينعقد عند المالكية والحنفية بالماضي والمضارع والأمر، إذا دلت القرينة أو دلالة الحال على أنه للإيجاب، لا للوعد.

ولا يشترط عند الجمهور غير الحنابلة تقديم الإيجاب على القبول، بل يندب، بأن يقول الولي: زوجتك إياها أو أنكحتك. وقال الحنابلة: إذا تقدم القبول على الايجاب، لم يصح، سواء أكان بلفظ الماضي: تزوجت، أم بلفظ الطلب: زوجني .

ثالثاً ـ انعقاد الزواج بعاقد واحد:

قال الحنفية[1] : ينعقد الزواج بعاقد واحد إذا كانت له ولاية من الجانبين، سواء أكانت ولايته أصلية كولاية القرابة، أم طارئة كولاية الوكالة:

١ً ـ بأن كان العاقد ولياً من الجانبين كالجد إذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة، والأخ إذا زوج بنت أخيه من ابن أخيه الصغير.

٢ً ـ أو كان أصيلاً وولياً كابن العم إذا تزوج بنت عمه من نفسه.

٣ً ـ أو كان وكيلاً من الجانبين.

٤ً ـ أو كان رسولاً من الجانبين.

(١) البدائع: ٢٣١/٢، ٢٣٣.

٥ - أو كان ولياً من جانب، ووكيلاً من جانب آخر، كأن توكل امرأة رجلاً ليتزوجها من نفسه، أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه.

وأجاز الشافعي انعقاد الزواج في الحالة الأولى - حالة الولي من الجانبين - كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه[1].

وأجاز المالكية[2] لابن العم ووكيل الولي والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه.

ولا ينعقد الزواج بعاقد فضولي واحد، ولو بعبارتين؛ لأن تعدد العاقد شرط في كل العقود، سواء أكان التعدد حقيقة بأن يكون هناك شخصان يصدر منهما الإيجاب والقبول أو حكماً بأن يكون هناك شخص واحد له صفة شرعية وولاية من الجانبين. وينعقد العقد فيما لو قال فضولي: زوجت فلانة من فلان، وهما غائبان، فقبل فضولي آخر عن الزوج.

وأدلة انعقاد الزواج بعاقد واحد استثناء من مبدأ تعدد العاقد:

أولاً - ما رواه البخاري عن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم: أتجعلين أمرك إليَّ؟ قالت: نعم، قال: فقد تزوجتك. فهذا دليل الحالة الأخيرة وهو أن يكون العاقد أصيلا من جانب ووكيلاً من جانب.

ثانياً - ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه» فهذا دليل الحالة الثالثة: وهو أن يكون وكيلاً من الجانبين.

ثالثاً - يقاس على المذكور في الحديثين السابقين بقية الحالات، لاشتراكها في

---

(١) ولا يزوج ابن العم نفسه، بل يزوجه ابن عم في درجته، فإن فقد فالقاضي (مغني المحتاج: ١٦٣/٣).

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٠٠، الشرح الكبير: ٢٣٣/٢.

المعنى، وهو أن للعاقد في الجميع صفة شرعية عند إجراء العقد، إما الولاية على الغير أو الوكالة عن الغير أو الأصالة عن النفس.

رابعاً ـ انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة:

ينعقد الزواج أحياناً بالكتابة أو الإشارة على التفصيل الآتي[1]:

١ً ـ الناطق في حال الحضور: إن كان العاقدان حاضرين معاً في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق: فلا يصح بالاتفاق الزواج بينهما بالكتابة أو الإشارة، ولو كانت الكتابة بينة واضحة، والإشارة مفهمة في الدلالة على إنشاء الزواج، للاستغناء عنها بالنطق، ولأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة، ولا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، ولا ضرورة هنا، ولأنه لا يتيسر للشهود سماع كلام العاقدين في حال الكتابة.

٢ً ـ الناطق في حال الغيبة: إذا كان أحد العاقدين غائباً عن مجلس العقد: ينعقد الزواج عند الحنفية بالكتابة أو إرسال رسول، إذا حضر شاهدان عند وصول الكتاب أو الرسول؛ لأن الكتاب من الغائب خطابه، قال الحنفية[2]: «الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر».

مثال الكتاب: أن يكتب رجل لخطيبته: تزوجتك أو زوجيني نفسك، فقالت المرأة في مجلس وصول الكتاب: قبلت الزواج، بحضور شاهدين، صح الزواج؛ لأن سماع الشاهدين شطري العقد (الإيجاب والقبول) شرط لصحة الزواج.

ومثال إرسال الرسول: أن يرسل الخاطب إلى خطيبته الغائبة عن المجلس

---

(١) البدائع: ٢٣١/٢، مغني المحتاج: ١٤١/٣، المحرر في الفقه الحنبلي: ١٥/٢، كشاف القناع: ٣٩/٥، مواهب الجليل للحطاب: ٢٢٨/٤ وما بعدها، قال الدردير في الشرح الصغير: ٣٥٠/٢: ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس.

(٢) الفتاوى الخانية: ١ / ٤٨٢.

شخصاً يبلغها الإيجاب مشافهة، فإذا قبلت في مجلس بلوغ الرسالة بحضور شاهدين، تم الزواج.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: لا ينعقد الزواج بكتابة في غيبة أو حضور؛ لأن الكتابة كناية، فلو قال الولي لغائب: زوجتك ابنتي، أو قال: زوجتها من فلان، ثم كتب، فبلغه الكتاب: أي الخبر، فقال: قبلت، لم يصح العقد.

٣ـ الأخرس: إذا كان أحد العاقدين أخرس أو معتقل اللسان:

أـ فإن كان قادراً على الكتابة، انعقد الزواج بها كما ينعقد بالإشارة، بالاتفاق حتى عند الشافعية؛ لأنها ضرورة، لكن في الرواية الظاهرة عند الحنفية: لا ينعقد بالإشارة، وإنما ينعقد بالكتابة في حال القدرة عليها؛ لأن الكتابة أقوى في الدلالة على المراد، وأبعد عن الاحتمال من الإشارة. وعلى كل حال: فالكتابة بالاتفاق أولى من الإشارة؛ لأنها بمنزلة الصريح في الطلاق والإقرار.

ب ـ وإن كان الأخرس أو نحوه عاجزاً عن الكتابة: انعقد الزواج بالإشارة المفهمة المعلومة بالاتفاق؛ لأنها حينئذ الوسيلة المتعينة للتعبير عن الإرادة.

والخلاصة: ينعقد نكاح الأخرس بكتابته أو إشارته عند الفقهاء، وتتعين الكتابة عند الحنفية إذا قدر عليها.

وقد نص القانون السوري (م٧) على أنه: يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس.

ونصت المادة (١٠) على أنه: يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهمة.

وجاء في المادة (١٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمصر: «إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة».

المبحث الثالث ـ شروط الزواج :

أنواع الشروط : بينا أن الشرط : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون خارجاً عن حقيقته . وشروط كل عقد ، ومنها الزواج ، أربعة أنواع :

شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم .

وشروط الانعقاد : هي التي يلزم توافرها في أركان العقد ، أو في أسسه . وإذا تخلف شرط منها ، كان العقد باطلاً بالاتفاق .

وشروط الصحة : هي التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد . فإذا تخلف شرط منها ، كان العقد عند الحنفية فاسداً ، وعند الجمهور باطلاً .

وشروط النفاذ : هي التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل ، بعد انعقاده وصحته . فإذا تخلف شرط منها ، كان العقد عند الحنفية والمالكية موقوفاً .

وشروط اللزوم : هي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه . فإذا تخلف شرط منها ، كان العقد « جائزاً » أو « غير لازم » : وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه .

والعقد الباطل : لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح ، فالزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج ، ولو بعد الدخول ، ويعتبر في منزلة العدم . فلا يثبت به النسب من الأب ، ولا تجب بعده العدة على المرأة ، مثل الزواج بإحدى المحارم كالأخت والبنت ، والزواج بالمرأة المتزوجة برجل آخر .

والعقد الفاسد : يثبت له عند الحنفية بعض آثار العقد الصحيح ، فالزواج الفاسد يثبت به آثار الدخول بالزوجة ، فيثبت به النسب ، وتجب بالتفريق أو المتاركة العدة على المرأة ، مثل الزواج بغير شهود ، والزواج المؤقت ، والزواج بالأخت على أختها في عصمة الزوج ، أو في أثناء العدة .

شروط انعقاد الزواج :

يشترط لانعقاد الزواج شروط في العاقدين ـ الرجل والمرأة، وشروط في الصيغة ـ الإيجاب والقبول[1] .

أولاً ـ شروط العاقدين :

يشترط في عاقدي الزواج شرطان :

١ ـ أهلية التصرف : أن يكون العاقد لنفسه أو لغيره أهلاً لمباشرة العقد، وذلك بالتمييز فقط، فإذا كان غير مميز كصبي لم يبلغ السابعة ومجنون، لم ينعقد الزواج؛ ويكون باطلاً؛ لعدم توافر الإرادة والقصد الصحيح المعتبر شرعاً.

ولا يشترط البلوغ لانعقاد الزواج وصحته، وإنما هو شرط لنفاذ العقد عند الحنفية.

وأجاز الشافعية للولي من أب أو جد تزويج صغير مميز ولو أكثر من واحدة إن رآه الولي مصلحة؛ لأن تزويجه بالمصلحة؛ وقد تقتضي ذلك[2] . وأجاز الحنابلة[3] أيضاً للأب خاصة تزويج ابنه الصغير أو المجنون ولو كان كبيراً، روى الأثرم : «أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير، فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعاً» وللأب أن يزوج الصغير بأكثر من واحدة إن رأى فيه مصلحة. وأجاز المالكية[4] للأب والوصي والحاكم تزويج المجنون والصغير لمصلحة كالخوف من الزنا أو الضرر، أو ممن تحفظ له ماله، والصداق على الأب.

٢ ـ سماع كلام الآخر: أن يسمع كل من العاقدين لفظ الآخر، ولو حكماً

---

(١) البدائع : ٢٣٢/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٦٦/٢ ، ٣٦٧ ، ٣٧٣ .

(٢) مغني المحتاج : ١٦٩/٣ ، المهذب : ٤٠/٢ .

(٣) كشاف القناع : ٤٣/٥ ـ ٤٤ .

(٤) الشرح الصغير : ٣٩٦/٢ .

كالكتاب إلى امرأة غائبة ، ويفهم أن المقصود منه إنشاء الزواج ، ليتحقق رضاهما بـه . والأدق أن يعتبر هذا شرطاً في صيغة العقد .

ولا يشترط عند الحنفية توافر حقيقة الرضا ، فيصح الزواج مع الإكراه والهزل .

ثانياً ـ شروط المرأة :

يشترط في المرأة لأجل عقد الزواج شرطان :

١ً ـ أن تكـون أنثى محققـة الأنـوثـة : فـلا ينعقـد الـزواج على الرجـل أو الخنثى المشكل : وهو الـذي لا يستبين أمره ، أهـو رجـل أم أنثى ، ويكـون الـزواج على خنثى باطلاً .

٢ً ـ ألا تكون محرَّمة على الرجل تحريماً قاطعـاً لا شبهـة فيـه : فلا ينعقـد الزواج بالمحارم كالبنت والأخت والعمـة والخـالـة ، والمتزوجـة بزوج آخر ، والمعتـدة ، والمرأة المسلمة بغير المسلم ، والزواج في كل هذه الحالات باطل .

ثالثاً ـ شروط صيغة العقد : الإيجاب والقبول :

الصيغة : هي الإيجاب والقبول ، ويشترط فيهـا بـالاتفـاق أربعـة شروط هي ما يأتي :

١ ـ اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين : وهو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، بأن يتحـد مجلس الإيجـاب والقبول ، لا مجلس المتعـاقـدين ؛ لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان ، فجعل المجلس جامعاً لأطرافه تيسيراً على العاقدين .

فإن اختلف المجلس ، فلا ينعقد العقـد ، فـإذا قـالت المرأة : زوجتـك نفسي ، أو قال الولي : زوجتك ابنتي ، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل يفيـد انصرافه عن المجلس ، ثم قال : قبلت بعدئذ ، فإنه لا ينعقد العقـد عنـد الحنفيـة . فهـذا يدل على أن مجرد الوقوف بعد القعود يغير المجلس . وكذلك إذا انصرف العـاقـد الأول

عن المجلس بعد الإيجاب، فقبل الآخر وهو في المجلس في غيبة الأول أو بعد عودته، لم ينعقد العقد. ويتغير المجلس عند الحنفية بالسير حال المشي أو الركوب على دابة بأكثر من خطوتين، كما يعد نوم العاقدين مضطجعين، لا جالسين، دليل الإعراض عن القبول. لكن لا يشترط الفور في القبول؛ فينعقد العقد وإن طال المجلس. وينعقد إن كان العاقدان على سفينة سائرة؛ لأن السفينة في حكم مكان واحد.

والمعول عليه في الحقيقة في الحد الفاصل بين اتحاد المجلس واختلافه هو العرف، فما يعتبر في العرف إعراضاً عن العقد أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول يكون مغيراً لمجلس العقد، وما لا يعتبر فيه إعراضاً عن العقد أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول لا يكون مغيراً للمجلس.

وعند الجمهور[١]: يشترط الفور بألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل كثير[٢]، وعبارة الشافعية: يشترط ألا يطول الفصل في لفظي العاقدين بين الإيجاب والقبول، فإن طال ضر؛ لأن طول الفصل يخرج القبول عن أن يكون جواباً عن الإيجاب. والفصل الطويل: هو ما أشعر بإعراضه عن القبول. ولا يضر الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول. ويضر تخلل كلام أجنبي عن العقد، ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول، وإن لم يتفرقا عن المجلس؛ لأن فيه إعراضاً عن القبول.

وأما في حال غيبة أحد العاقدين عن الآخر، والتعاقد بطريق الكتابة أو الرسالة، فقال الحنفية: مجلس عقد الزواج: هو مجلس قراءة الكتاب أمام الشهود، أو سماع رسالة الرسول بحضرة الشهود، فعندئذ يتحد المجلس؛ لأن الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب، ولأن كلام الرسول كلام المرسل؛ لأنه ينقل عبارة المرسل،

---

(١) مغني المحتاج: ٥/٢ ـ ٦، كشاف القناع: ١٣٦/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣٥٦/٢.

(٢) استثنى المالكية من وجوب الفور بين الإيجاب والقبول مسألة: هي أن يقول الرجل في مرضه: إن مت فقد زوجت ابنتي فلانة من فلان، فهذا يصح، طال الأمر أو لا.

فكان قراءة الكتاب، وسماع قول الرسول، وكلام الكاتب معنى، وسماع قول المرسل معنى. فإن لم يقرأ الكتاب أو لم يسمع كلام الرسول لا ينعقد العقد عند أبي حنيفة ومحمد، لاشتراط الشهادة على شطري العقد.

وإن قرأت المرأة الكتاب أو سمعت الرسالة أمام الشهود، ثم قامت من المجلس لقضاء مصلحة أخرى، أو اشتغلت بالحديث في شيء آخر أجنبي عن العقد، ثم قالت: زوجت نفسي من فلان، فلا ينعقد الزواج، لاختلاف المجلس.

لكن لو أعادت المرأة قراءة الكتاب في مجلس آخر، فقبلت أمام الشهود، صح العقد، لبقاء الكتابة، أما لو أعاد الرسول الإيجاب في مجلس آخر، فقبلت، لم يصح؛ لأن رسالته انتهت أولاً بخلاف الكتابة لبقائها.

٢ ـ توافق القبول مع الإيجاب ومطابقته له: يتحقق التوافق باتحاد القبول والإيجاب في محل العقد وفي مقدار المهر، فإذا تخالفا فإن كانت المخالفة في محل العقد، مثل قول أبي الفتاة: زوجتك خديجة، فيقول الرجل: قبلت زواج فاطمة، فلا ينعقد الزواج؛ لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه، فلم يصح، كما لو ساومه بثوب، وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري[1]. وإن كانت المخالفة في مقدار المهر، مثل: زوجتك ابنتي على ألف درهم، فقال الزوج: قبلت الزواج بثمانمائة، لا ينعقد العقد، إلا إذا كانت المخالفة لخير، بأن قال الزوج: قبلت بألف ومائة، فيصح العقد عند الحنفية.

وسبب عدم انعقاد العقد في المخالفة بمقدار المهر، وإن لم يكن المهر ركناً من أركان العقد: هو أن المهر إذا ذكر في العقد، التحق بالإيجاب وصار جزءاً منه، فيلزم أن يأتي القبول على وفق الإيجاب، حتى ينعقد العقد.

---

(١) المغني: ٥٤٦/٦ وما بعدها.

فإن لم يذكر المهر في العقد، أو صرح بأن لا مهر للمرأة، فلا يكون جزءاً من الإيجاب، ولكن يجب في هذه الحالة مهر المثل؛ لأن المهر في الزواج واجب بإيجاب الشرع، فلا يصح إخلاء الزواج منه.

٣ - بقاء الموجب على إيجابه: يشترط عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر، فإن رجع بطل الإيجاب، ولم يجد القبول شيئاً يوافقه.

ولا يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلا إذا اتصل به القبول، كما في البيع، فلو وجد الإيجاب من أحد المتعاقدين، كان له أن يرجع قبل قبول الآخر؛ لأن كلاً من الإيجاب والقبول ركن واحد، فكان أحدهما بعض الركن، والمركب من شيئين لا وجود له بأحدهما.

٤ - التنجيز في الحال: الزواج كالبيع يشترط فيه كونه في الحال، فلا يجوز في المذاهب الأربعة كونه مضافاً إلى المستقبل، كتزوجتك غداً، أو بعد غد، ولا معلقاً على شرط غير كائن، كتزوجتك إن قدم زيد، أو إن رضي أبي، أو إذا طلعت الشمس فقد زوجتك بنتي؛ لأن عقد الزواج من عقود التمليكات أو المعاوضات، وهي لا تقبل التعليق ولا الإضافة، ولأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال، والتعليق والإضافة يناقضان الحقيقة الشرعية[1]. لكن يصح التعليق بشرط ماض كائن لا محالة، فينعقد العقد في الحال، كأن خطب شخص بنتاً لابنه، فقال أبوها: زوجتها قبلك من فلان، فكذبه، فقال: إن لم أكن زوجتها لفلان، فقد زوجتها لابنك، فقبل، ثم علم كذبه، انعقد العقد، لتعليقه بموجود، وكذا إذا وجد المعلق عليه في المجلس. ومثل: تزوجتك إن كان عمرك عشرين، وكانت في الواقع كذلك. ومثل: تزوجتك إن رضي أبي، وكان أبوها في المجلس فرضي، صح العقد.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٣٦٧/٢، ٣٧٩، ٤٠٥، مغني المحتاج: ١٤١/٣.

وذكر الشافعية: أنه لو قال الولي: زوجتك إن شاء الله، وقصد التعليق أو أطلق، لم يصح العقد، وإن قصد التبرك، أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى، صح. ولو قال: إن كان ما ولد لي من ولد أنثى فقد زوجتها، أو قال: إن كانت بنتي طلقت واعتدت، فقد زوجتها، فالمذهب بطلان الزواج في هذه الصور لوجود صورة التعليق.

والحاصل أنه لا يجوز تعليق الزواج بشرط باتفاق المذاهب، لكن قال ابن القيم: «ونص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط»[1] والبيع أولى بالجواز. لكن ذكر ابن قدامة أن تعليق النكاح على شرط يبطله[2]. أما القانون فقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري (م ١٣) على أنه: «لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل، ولا المعلق على شرط غير متحقق».

هل يثبت الخيار في عقد الزواج؟ لا يثبت في الزواج خيار باتفاق أكثر الفقهاء[3]، سواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط؛ لأن الحاجة غير داعية إليه، فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وتفكر، ولأن الزواج ليس بمعاوضة محضة، ولأن ثبوت الخيار يؤدي إلى فسخ الزواج، وفي فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة.

مذاهب الفقهاء في الشروط المشترطة في الزواج:

الشروط في الزواج: هي ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض. ويراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط. وللفقهاء تفصيلات فيها، نذكر رأي كل مذهب فيها على حدة. وهذا بخلاف حالة الإيجاب المعلق على شرط، فإن الإيجاب لا وجود له قبل وجود الشرط.

---

(١) أعلام الموقعين: ٢٨/٤، ط محي الدين عبد الحميد.

(٢) المغني: ٥٥١/٦.

(٣) المغني: ٥٣٦/٦، بداية المجتهد: ٧/٢ وما بعدها.

١ ـ مذهب الحنفية[١] :

أ ـ إن كان الشرط صحيحاً يلائم مقتضى العقد، ولا يتنافى مع أحكام الشرع، وجب الوفاء به، كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها في منزل، لا مع أهله أو مع ضَرَّتها، أو ألا يسافر بها سفراً بعيداً إلا بإذن أهلها.

أو تزوجها على مهر مسمى، وشرط لها شيئاً آخر، بأن تزوجها بألف على ألا يخرجها من بلدها، أو على ألا يتزوج عليها، فإن وفى بالشرط، فلها المهر المسمى؛ لأنه يصلح مهراً، وقد تم رضاها به، وإن لم يف بالشرط، بأن تزوج عليها، أو أخرجها، فلها مهر المثل؛ لأنه سمى لها شيئاً لها فيه نفع، فعند فواته يجب لها مهر المثل، لعدم رضاها به.

ومثله الشرط الذي تأمر به الشريعة، كاشتراطها عليه أن يحسن معاملتها أو لا يخرجها إلى النوادي والمراقص ونحوها.

قالوا: ومن الشروط الصحيحة عندهم: لو تزوجها على أن أمرها بيدها، صح. لكن لو قال: زوجني ابنتك على أن أمرها بيدك، لم يكن له الأمر؛ لأنه تفويض قبل النكاح.

ب ـ وإن كان الشرط فاسداً، أي لا يلائم مقتضى العقد، أو لا تجيزه أحكام الشرع، فالعقد صحيح، ويبطل الشرط وحده، مثل اشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكل منهما أن يعدل عن الزواج في مدة معينة، وهذا بخلاف القاعدة العامة: وهي أن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع يفسدها.

فإن ورد النهي عن الشرط، كاشتراط طلاق ضرتها، كره الوفاء به، لحديث «لا يحل لامرأة تسأل طلاق ضرتها».

---

(١) الدر المختار: ٤٠٥/٢، تبيين الحقائق: ١٤٨/٢، فتح القدير: ١٠٧/٣ وما بعدها.

٢ـ مذهب المالكية[1] :

الشروط التي تقترن بعقد الزواج نوعان : شروط صحيحة ، وشروط فاسدة .

أما الشروط الصحيحة : فنوعان : مكروهة وغير مكروهة .

فالشروط الصحيحة غير المكروهة : هي التي تتفق مع مقتضى العقد ، كالإنفاق على المرأة أو حسن معاشرتها ، أو أن تطيع الرجل أو ألا تخرج من البيت إلا بإذنه .

ومنها اشتراط كون المرأة سليمة من العيوب التي لا تجيز فسخ الزواج ، مثل ألا تكون عمياء أو عوراء أو صماء أو خرساء أو أن تكون بكراً أو بيضاء ، ونحوها .

والشروط الصحيحة المكروهة : هي التي لا تتعلق بالعقد ، أو لا تنافي المقصود من العقد ، وإنما فيها تضييق على الرجل ، مثل شرط عدم إخراجها من بلدها ، أو عدم السفر بها ، أو عدم نقلها من مكان كذا ، وشرط عدم التزوج عليها ، ونحوها ، ولا تلزم الزوج إلا أن يكون فيها يمين بعتق أو طلاق ، فإن الشرط يلزمه .

وأما الشروط الفاسدة : فهي التي تنافي أو تناقض مقتضى العقد أو المقصود من الزواج ، مثل شرط ألا يقسم بينها وبين ضَرَّتها في المبيت ، أو أن يُؤْثر عليها ضَرَّتها أسبوعاً أو أقل أو أكثر تستقل بها عنها . وشرط المرأة عند زواجها بمحجور عليه أن تكون نفقتها على وليه : أبيه أو سيده ، أو على نفسها أو أبيها فإنه شرط مناقض لمقصود الزواج ، لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها ، فشرط خلافه مضر. ومثل اشتراط الخيار في الزواج[2] ، أو اشتراط ما يؤثر في جهالة المهر كأن يتزوجها على أن لها من النفقة كذا كل شهر ؛ لأنه لا يدري إلى متى تستمر هذه النفقة .

ومثل أن تشترط المرأة على الرجل أن يكون أمرها بيدها ، تطلق نفسها متى

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢١٨ ـ ٢٢٠ ، الشرح الصغير : ٣٨٤/٢ ـ ٣٨٦ ، ٥٩٥ ، بداية المجتهد : ٥٨/٢ .

(٢) اشتراط الخيار : هو أن يكون للزوجين أو لأحدهما حق العدول عن الزواج بعد مدة معينة .

شاءت، أو أن ينفق على ولدها من غيره، أو على أقاربها كأبيها أو أخيها، ونحوهما. وحكم هذه الشروط: أنها تبطل العقد ويجب فسخه مالم يدخل الرجل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد، وألغي الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل. إلا أنه في مسألة جعل المرأة أمرها بيدها قالوا:

أ- إن علق أمر الطلاق بيدها على سبب: فإن كان السبب فعلاً يفعله الزوج فهو جائز لازم للزوج، مثل أن يشرط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها، فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره، ومثله إن كان الالتزام على يمين بطلاق أو عتق كأن حلف ألا يتزوج عليها، على أن يحدد نوع الطلاق المفوض لها، أهو رجعي أو بائن، أو ثلاث، أو أي طلاق شاءت، فحينئذ يلزم الزوج بالشرط.

ب- وإن كان سببه فعل غير الزوج لم ينفذ، ولم يلزم الزوج، والنكاح جائز.

٣- مذهب الشافعية[١]:

الشروط نوعان: صحيحة وفاسدة.

أ- فالشروط الصحيحة الواقعة في الزواج: هي التي وافق الشرط فيها مقتضى عقد النكاح، كشرط النفقة والقسم بين الزوجات، أو لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض، كشرط ألا تأكل إلا كذا. وحكمها: أن الشرط يلغو، أي لا تأثير له في الصورتين لانتفاء فائدته، ويصح النكاح والمهر، كما هو الحكم في البيع.

ب- وأما الشروط الفاسدة: فهي التي تخالف مقتضى عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلي: وهو الوطء، كشرط ألا يتزوج عليها، أو ألا نفقة لها أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من بلدها، وحكمها: أن الزواج يصح لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء أو الاستمتاع، ويفسد الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد، سواء أكان لها كالمثال

(١) مغني المحتاج: ٢٢٦/٣ وما بعدها، المهذب: ٤٧/٢

الأول، أم عليها كالمثال الثاني، لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[1]، ويفسد المهر أيضاً؛ لأن الشرط إن كان لها، فلم ترض بالمسمى وحده، وإن كان عليها فلم يرض الزوج ببدل المسمى إلا عند سلامة ما شرطه.

فإن أخل الشرط بمقصود الزواج الأصلي: كأن شرط ألا يطأها الزوج أصلاً، أو ألا يطأها إلا مرة واحدة مثلاً في السنة، أو شرطت المرأة ألا يطأها إلا ليلاً فقط أو إلا نهاراً فقط، أو شرط أن يطلقها ولو بعد الوطء، بطل الزواج؛ لأنه شرط ينافي مقصود العقد فأبطله. فإن شرط الزوج ألا يطأها ليلاً لم يبطل العقد؛ لأن الزوج يملك الوطء ليلاً ونهاراً وله أن يترك، فإن شرط ألا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه، وأما المرأة فيستحق عليها الوطء ليلاً ونهاراً، فإذا اشترطت ألا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه، وهو ينافي مقصود العقد، فبطل.

وكذا لو شرط الرجل أنها لا ترثه، أو أنه لا يرثها، أو أنهما لا يتوارثان، أو أن النفقة على غير الزوج، بطل الزواج أيضاً.

٤ـ مذهب الحنابلة[2]:

الشروط عندهم كالشافعية: إما صحيحة أو فاسدة، وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول ـ الشروط الصحيحة: وهي التي يقتضيها العقد أو لا يقتضيها العقد ولكن فيها منفعة لأحد العاقدين، ولم يرد في الشرع ما ينهى عنها ما دامت لا تخل بالمقصود من العقد، وحكمها: أنه يلزم الوفاء بها، لما فيها من منفعة وفائدة.

مثل أن تشترط المرأة على الرجل أن ينفق عليها أو أن يحسن معاشرتها، أو ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها.

---

(١) متفق عليه من حديث عائشة في قصة بريرة (نيل الأوطار: ٩١/٦).

(٢) المغني: ٥٤٨/٦ ـ ٥٥٢، كشاف القناع: ٩٨/٥ وما بعدها.

ومثل أن يشترط الرجل في المرأة أن تكون بكراً أو جميلة أو متعلمة أو خالية من العيوب التي لا يثبت فيها الخيار في فسخ الزواج كالعمى والخرس والعرج ونحوها .

ودليل لزوم الوفاء بهذه الشروط : قول النبي ﷺ : «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[1] وحديث «المسلمون على شروطهم»[2] ، وروى الأثرم بإسناده : «أن رجلاً تزوج امرأة ، وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها ، فخاصموه إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : إذاً تطلقينا ؟ فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط» ، ولأنه شرط لها فيه منفعة ، ولا يمنع المقصود من الزواج ، فكان لازماً ، كما لو شرطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد .

وأما قوله عليه السلام : «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع .

وأما الشروط غير الصحيحة : فهي التي ورد عن الشرع نهي عنها أو التي تنافي مقتضى العقد ، وتشمل النوعين الثاني والثالث .

النوع الثاني ـ ما يبطل الشرط ويصح العقد : مثل أن يشترط الرجل ألا مهر للمرأة ، أو ألا ينفق عليها ، أو إن أصدقها رجع عليها .

أو تشترط المرأة على الرجل ألا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر ، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة ، أو شرط لها النهار دون الليل ، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً .

فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها ؛ لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ، فلم يصح .

---

(١) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) وسعيد بن منصور عن عقبة بن عامر (نيل الأوطار : ١٤٢/٦) .

(٢) رواه الترمذي وصححه عن عمرو بن عوف المزني (سبل السلام : ٥٩/٣) .

ومن هـذا النـوع : إن شرطت عليـه أن يطلـق ضرتهـا ، لم يصـح الشرط ، لنهي الشرع عنــه ، لمــا روى أبـو هريرة قــال : « نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طــلاق أختها »[1] وفي لفظ : « لا تسأل المرأة لتنكح » أو « لتكفئ ما في صحفتها أو إنائها ، فإنما رزقها على الله » والنهي يقتضي فساد المنهي عنـه ، ولأنهـا شرطت عليـه فسخ عقـده ، وإبطال حقه وحق امرأته ، فلم يصح ، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه .

النوع الثالثـ ما يبطل الزواج من أصله : مثل اشتراط تـأقيت الزواج ، وهو نكاح المتعـة ، أو أن يطلقهـا في وقت بعينـه ، أو يعلقـه على الشرط ، مثـل أن يقـول الـولي : زوجتــك إن رضيت أمهــا ، أو فـلان ، أو يشترط الخيــار في الـزواج لهما أو لأحدهما .

فهذه شروط باطلـة في نفسهـا ، ويبطل بهـا الزواج ، ومنهـا إن جعل صـداقهـا تزويج امرأة أخرى ، وهو نكاح الشغار . أما إن شرط الخيار في الصداق خـاصـة ، فلا يفسد الزواج ؛ لأن الزواج ينفرد عن ذكر الصداق .

والخلاصة : أن الفقهاء اتفقوا على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقـد ، وعلى بطلان الشروط التي تنـافي المقصـود من الـزواج أو تخـالف أحكام الشريعـة . واتفـق الحنفية والمالكية والحنابلة على صحة الشروط التي يكون فيهـا تحقيق وصف مرغوب فيـه ، أو خلو المرأة من عيب لا يثبت الخيـار في فسخ الـزواج . واختلفـوا في الشروط التي لا تكـون من مقتضى العقـد ، ولكنهـا لا تنـافي حكمـاً من أحكام الـزواج ، وفيهـا منفعة لأحد العاقدين ، كاشتراط ألا يتزوج عليها أو ألا يسافر بها ، أو ألا يخرجهـا من دارها أو بلدها ونحوها :

فالحنابلة يقولون : إنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها .

---

(١) متفق عليه عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٤٢/٦) .

والحنفية يقولون : إنها شروط ملغاة ، والعقد صحيح .

والمالكية يقولون : إنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها ، بل يستحب فقط .

والشافعية يقولون : إنها شروط باطلة ، ويصح الزواج بدونها .

ورأي الحنابلة هو الراجح لدي ، للأدلة السابقة التي ذكروها ، لذا أخذ به القانون السوري .

وأما تأثير الشرط الفاسد على العقد : فعند الحنفية : الشرط الفاسد لا يفسد العقد ، وإنما يلغى الشرط وحده ، ويصح العقد . والحنابلة يوافقون الحنفية فيما ذكر إلا في بعض الشروط فإنها تبطل العقد ، منها توقيت العقد ، واشتراط طلاق المرأة في وقت معين ، واشتراط الخيار في فسخ الزواج في مدة معينة . وهذا هو النوع الثالث عندهم . وأما عند الشافعية : فإن الشرط الفاسد يفسد العقد . لكن قال المالكية : يجب فسخ العقد مادام الرجل لم يدخل بالمرأة ، فإن دخل بها مضى العقد وألغي الشرط ، وبطل المسمى ، ووجب للمرأة مهر المثل .

موقف القانون من شروط الانعقاد :

نص القانون السوري (م ١١ / ١) على أربعة شروط لانعقاد الزواج هي :

١ ـ أن يتفق الإيجاب والقبول من كل وجه

٢ ـ أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول

٣ ـ أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه ، وقد ذكرناه في شروط العاقدين .

٤ ـ ألا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب ، بأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر.

ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه : يبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب ، وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين .

وهناك شرطان آخران للانعقاد ، ذكر أحدهما في الأهلية ، وذكر الآخر ضمناً في أنواع الزواج ، وهما :

١ ـ أن يكون كل من العاقدين ممن تحققت فيه الأهلية الكاملة لعقد الزواج ، وذلك بالعقل والبلوغ ، فلا يصح عقد الزواج من مجنون ، ولا صبي غير بالغ ، وعدم صحة زواج المجنون متفق عليه بين الفقهاء ، وأما غير البالغ فقد أخذ فيه القانون برأي ابن شبرمة وعثمان البتّي .

٢ ـ أن يكون الزوج مسلماً بالنسبة إلى المسلمة : فلا ينعقد زواج المسلمة بغير المسلم ، بل هو عقد باطل ، ولا يترتب عليه أي أثر .

موقف القانون من شروط الزواج غير شروط الانعقاد :

نص قانون الأحوال الشخصية السوري (م ١٤) على شروط الزوج مراعياً فيها ما اتفق عليه الفقهاء ، ومذهب الحنابلة بصفة خاصة ، فقسم الشروط ثلاثة أقسام :

١ ـ شروط صحيحة يلزم الوفاء بها : وهي التي يكون فيها مصلحة مشروعة للزوجة ، ولا تمس حقوق غيرها ، ولا تقيد حرية الزوج في عمله الخاص المشروع ، مثل ألا يسافر بها أو ألا ينقلها من بلدها أو دارها . ويحق للزوجة فسخ الزواج إن لم ينفذ الشرط ، وهذا مأخوذ من مذهب الحنابلة .

٢ ـ شروط صحيحة لا يلزم الزوج تنفيذها قضاء ، وهي ما يأتي من الحالات :

أ ـ أن تشترط الزوجة ما يقيد حرية الزوج في عمله الخاص المشروع ، كشرط ألا يسافر أو ألا يتوظف أو ألا يتزوج عليها .

ب ـ أن تشترط ما يمس حقوق غيرها : كاشتراطها أن يطلق زوجته الأخرى .

فالشرط في هاتين الحالتين صحيح ، لكن لا يلزم الزوج الوفاء به ، فإن لم يف ، كان للزوجة طلب فسخ الزواج . وهذا موافق لمذهب الحنابلة إلا في اشتراط تطليق الضرة ، فالعقد صحيح والشرط باطل .

٣ ـ شروط باطلة لا يحق الوفاء بها ، ويكون العقد معها صحيحاً : وهي أن يقيد الزواج بقيد ينافي نظامه الشرعي ، كاشتراط عدم المهر ، أو إنفاق الزوجة على الزوج ، أو ينافي مقاصده الشرعية ، كاشتراط عدم الاستمتاع الزوجي ، أو يكون الشرط محظوراً شرعاً ، كاشتراط أن تسافر المرأة وحدها . وهذا موافق للمذاهب بالاتفاق .

شروط صحة الزواج :

يشترط لصحة الزواج عشرة شروط ، بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه[1] .

الأول ـ المحلية الفرعية ، والثاني ـ التأبيد في صيغة العقد ، والثالث ـ الشهادة ، والرابع ـ الرضا والاختيار ، والخامس ـ تعيين الزوجين ، والسادس ـ عدم الإحرام بالحج أو العمرة ، والسابع ـ أن يكون بصداق ، والثامن ـ عدم التواطؤ على الكتمان ، والتاسع ـ ألا يكون أحد الزوجين أو كلاهما في مرض مخوف ، والعاشر ـ الولي .

الشرط الأول ـ المحلية الفرعية : ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤقتاً ، أو تحريماً فيه شبهة ، أو خلاف بين الفقهاء ، كتزويج المعتدة من طلاق بائن ،

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٣٧٣/٢ ـ ٣٧٩ ، ٨٣٥ ، البدائع : ٣٥١/٢ ـ ٣٥٧ ، ٣٦٣ وما بعدها ، ٣٨٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٩٨/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٣٦/٢ ـ ٢٤٠ ، الشرح الصغير : ٣٣٥/٢ ـ ٣٤٠ ، ٣٧٢ ـ ٣٨٢ ، شرح الرسالة : ٢٦/٢ ، مغني المحتاج : ١٤٤/٣ ـ ١٤٧ ، المهذب : ٤٠/٢ ، المغني : ٤٥٠/٦ ـ ٤٥٣ ، كشاف القناع : ٤١/٥ ـ ٧٤ ، القوانين الفقهية : ص ١٩٧ ـ ٢٠٠ .

وتزوج أخت المطلقة التي لا تزال في العدة، والجمع بين اثنتين كلتاهما محرم للأخرى، كتزوج العمة على ابنة أخيها، والخالة على ابنة أختها، فإذا لم تتحقق هذه المحلية الفرعية كان العقد فاسداً عند الحنفية.

أما المحلية الأصلية: وهي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً، كالأخت والبنت والعمة والخالة، فهي شرط لانعقاد الزواج، فإذا لم تتحقق هذه المحلية، كان العقد باطلاً بالاتفاق، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج.

وعلى هذا إذا كان التحريم قطعياً، كان سبباً من أسباب البطلان، وإذا كان التحريم ظنياً، كان سبباً من أسباب الفساد عند الحنفية.

فالزواج في حال انعدام المحلية الفرعية فاسد، يترتب عليه بالدخول بعض الآثار، لكن يحرم الدخول بالمرأة في حال فساد العقد، ويجب فيه التفريق بين الرجل والمرأة جبراً إن لم يتفرقا اختياراً.

وإذا حصل دخول بعد هذا الزواج الفاسد بالرغم من تحريمه وكونه معصية، ووجوب التفريق، فتترتب عليه بعض الآثار، فيجب فيه للمرأة أقل الأمرين من المهر المسمى ومهر المثل، وتجب عليها العدة، ويثبت به نسب الولد إن حدث حمل، ولكن لا يثبت به حق التوارث بين الزوجين.

الشرط الثاني- أن تكون صيغة الإيجاب والقبول **مؤبدة غير مؤقتة**: فإن أقّت الزواج بمدة بطل، بأن يكون بصيغة التمتع مثل: تمتعت بك إلى شهر كذا، فتقول: قبلت، أو بالتأقيت إلى مدة معلومة أو مجهولة، مثل: تزوجتك إلى شهر أو سنة كذا، أو مدة إقامتي في هذا البلد. والنوع الأول يعرف بنكاح المتعة، والثاني يعرف بالنكاح المؤقت.

آراء الفقهاء في زواج المتعة والزواج المؤقت :

اتفقت المذاهب الأربعة وجماهير الصحابة على أن زواج المتعة ونحوه حرام باطل، وكونه باطلاً عند الحنفية بالرغم من أن هذا الشرط من شروط الصحة؛ لأنه منصوص على حكمه في السنة، إلا أن الإمام زفر اعتبر الزواج المؤقت صحيحاً وشرط التأقيت فاسداً أو باطلاً، أي لا عبرة بالتأقيت ويكون الزواج صحيحاً مؤبداً؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة. ورد عليه بأن العقد المؤقت في معنى المتعة، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ.

وقال الشيعة الإمامية[1] : يجوز زواج المتعة أو النكاح المنقطع بالمرأة المسلمة أو الكتابية، ويكره بالزانية، بشرط ذكر المهر، وتحديد الأجل أي المدة، وينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة : وهي زوجتك، وأنكحتك، ومتعتك. وأحكامه هي :

١ ـ الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد، وذكر المهر من دون الأجل يقلبه دائماً.

٢ ـ لا حكم للشروط قبل العقد، ويلزم لو ذكرت فيه.

٣ ـ يجوز اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً وألا يطأها في الفرج، والعزل من دون إذنها، ويلحق الولد بالأب وإن عزل، لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللعان.

٤ ـ لا يقع بالمتعة طلاق بإجماع الشيعة، ولا لعان على الأظهر، ويقع الظهار على تردد.

٥ ـ لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين، وأما الولد فإنه يرثها ويرثانه من غير خلاف.

---

(١) المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ٢٠٥ ـ ٢٠٧، الروضة البهية : ١٠٣/٢ وما بعدها.

٦ـ إذا انقضى أجلها، فالعدة حيضتان على الأشهر. وعدة غير الحائض خمسة وأربعون يوماً، وعدة الوفاة لو مات عنها في أشبه الروايتين أربعة أشهر وعشرة أيام.

٧ـ لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل، ولو أراده وهبها ما بقي من المدة واستأنف.

الأدلة:

أدلة الإمامية: استدل الإمامية على مشروعية النكاح المنقطع أو المتعة بما يلي:

١ـ بقول الله تعالى: ﴿ فما استمتعتم به منهن، فآتوهن أجورهن فريضة ﴾ فإنه عبر بالاستمتاع دون الزواج، وبالأجور دون المهور، مما يدل على جواز المتعة، فالاستمتاع والتمتع بمعنى واحد، وإيتاء الأجر بعد الاستمتاع يكون في عقد الإجارة، والمتعة هو عقد الإجارة على منفعة البضع. أما المهر فإنه يجب بنفس عقد النكاح قبل الاستمتاع.

٢ـ ثبت في السنة جواز المتعة في بعض الغزوات منها عام أوطاس، وفي عمرة القضاء، وفي خيبر، وعام الفتح، وفي تبوك[1]، قال ابن مسعود: «كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس معنا نساء، فقلنا: ألا نختصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله (أي ابن مسعود): ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ﴾[2]، الآية. وفي صحيح مسلم عن جابر: «كنا

---

(١) نيل الأوطار: ١٣٦/٦ ـ ١٣٧.

(٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد (نيل الأوطار: ١٣٣/٦).

نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد رسول الله ﷺ ... وأبي بكر، حتى نهى عمر في شأن عمرو بن حريث»[1].

وكان يقول بجواز المتعة ابن عباس وجماعة من السلف، منهم بعض الصحابة (أسماء بنت أبي بكر، وجابر وابن مسعود ومعاوية وعمرو بن حريث، وأبو سعيد وسلمة ابنا أمية بن خلف) ومنهم بعض التابعين (طاوس وعطاء، وسعيد بن جبير، وسائر فقهاء مكة منهم ابن جريج).

وأجاز المتعة الإمام المهدي، وحكاه عن الباقر والصادق والإمامية[2]. وأما الشيعة الزيدية فيقولون كالجمهور بتحريم نكاح المتعة، ويؤكدون أن ابن عباس رجع عن تحليله[3].

وأجيب عن هذه الأدلة بما يأتي[4]:

١ ـ إن المراد بالاستمتاع في آية ﴿فما استمتعتم﴾: النكاح؛ لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها، حيث بدئت بقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾ وختمت بقوله سبحانه: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ فدل على أن المراد بالاستمتاع هنا ما كان عن طريق النكاح، وليس المراد به المتعة المحرمة شرعاً.

وأما التعبير بالأجر: فإن المهر في النكاح يسمى أجراً، لقوله تعالى: ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن، وآتوهن أجورهن﴾ أي مهورهن، وقوله سبحانه: ﴿يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن﴾ أي مهورهن.

---

(١) نصب الراية: ١٨١/٣.

(٢) نيل الأوطار: ١٣٥/٦ وما بعدها.

(٣) البحر الزخار: ٢٢/٣.

(٤) الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي: ٨٣/١ وما بعدها.

وأما الأمر بإيتاء الأجر بعد الاستمتاع ، والمهر يؤخذ قبل الاستمتاع ، فهـذا على طريقة في اللغة من تقديم وتأخير، والتقدير: فـآتوهن أجورهن إذا استمتعتم بهن ، أي إذا أردتم الاستمتـاع بهن ، مثل قـولـه تعـالى : ﴿إذا طلقتم النسـاء فطلقـوهن﴾ أي إذا أردتم الطلاق ، ومثل ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ أي إذا أردتم القيام إلى الصلاة .

٢ ـ وأمـا الإذن بـالمتعـة في السنـة النبـويـة في بعض الغـزوات ، فكان للضرورة القـاهرة في الحرب ، وبسبب العُزْبـة في حـال السفر، ثم حرمهـا الرسول ﷺ تحريمـاً أبدياً إلى يوم القيامة . بدليل الأحاديث الكثيرة ، منها :

أ ـ « ياأيها الناس ، إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيـامـة ، فمن كان عنـده منهن شيء ، فليخل سبيلـه ، ولا تـأخـذوا مما آتيتموهن شيئاً »[1] .

ب ـ قال سلمـة بن الأكوع : « رخص لنـا رسول الله ﷺ في متعـة النسـاء عـام أوطاس ثلاثة أيام ، ثم نهى عنها »[2] .

جـ ـ قـال سَبْرة بن معبـد : «إن رسول الله ﷺ في حجـة الوداع نهى عن نكاح المتعة »[3] .

د ـ عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحُمُر الأهلية زمن خيبر[4] .

وأما ابن عباس : فكان يجيز المتعة للمضطر فقط ، روى عنه سعيـد بن جبير أنـه

---

(١) رواه مسلم وأحمد عن سَبْرة بن معبد الجهني .

(٢) رواه مسلم وأحمد .

(٣) رواه أحمد وأبو داود .

(٤) رواه أحمد والشيخان (راجع نيل الأوطار : ١٣٤/٦ ، نصب الراية : ١٧٧/٣ ، في كل هذه الأحاديث) .

قال : سبحان الله ، ما بهذا أفتيت ، وإنما هي كالميتة لا تحل إلا للمضطر. وأما الشيعة فقد توسعوا فيها وجعلوا الحكم عاماً للمضطر وغيره ، وللمقيم والمسافر.

ومع ذلك فقد أنكر عليه الصحابة ، مما يجعل رأيه شاذاً تفرد به ، فقد أنكر عليه علي رضي الله عنه قائلاً له : إنك امرؤ تائه[1] ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحُمر الإنسية . وأنكر عليه عبد الله بن الزبير رضي الله عنه ، روى مسلم عنه أنه قام بمكة فقال : «إن أناساً أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة ـ يعرض برجل هو عبد الله بن العباس ـ فناداه ابن عباس ، فقال له : إنك لجِلْف[2] جاف ، فلعمري ، لقد كانت المتعة تفعل في عهد أمير المتقين ـ أي رسول الله ﷺ ـ فقال له ابن الزبير: فجرب نفسك ، فوالله لو فعلتها لأرجمنك بأحجارك» .

ثم نقل المحدثون عن ابن عباس أنه رجع عن قوله ، روى الترمذي عنه أنه قال : «إنما كانت المتعة في أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له فيها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح له شأنه ، حتى نزلت هذه الآية : ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ ، قال ابن عباس : فكل فرج سواهما حرام» . وروى البيهقي أيضاً وأبو عوانة في صحيحه رجوع ابن عباس[3] .

والقول برجوعه هو الأصح لدى كثير من العلماء ، ويؤكده إجماع الصحابة على التحريم المؤبد ، ومن المستبعد أن يخالفهم ، روى الحازمي في الناسخ والمنسوخ من حديث جابر بن عبد الله قال : «خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى غزوة تبوك ، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام ، جاءت نسوة ، فذكرنا تمتعنا ، وهن تطفن في

---

(١) أي حائر حائد عن الطريق المستقيم .

(٢) الجلف : الغليظ الطبع القليل الفهم .

(٣) نيل الأوطار : ١٣٥/٦ .

رحالنا، فجاءنا رسول الله ﷺ، فنظر إليهن، وقال: من هؤلاء النسوة؟ فقلنا: يا رسول الله، نسوة تمتعنا منهن، قال: فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرَّت وجنتاه، وتمعَّر وجهه، وقام فينا خطيباً، فحمد الله وأثنى عليه، ثم نهى عن المتعة، فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء، ولم نعد، ولا نعود لها أبداً، فبها سميت يومئذ: ثنية الوداع»[1].

وروى أبو عوانة عن ابن جريج أنه قال في البصرة: اشهدوا أني قد رجعت عن المتعة، بعد أن حدثهم فيها ثمانية عشر حديثاً أنه لا بأس بها[2].

كل هذا يدل على نسخ إباحة المتعة، ولعل ابن عباس ومن وافقه من الصحابة والتابعين لم يبلغه الدليل الناسخ. فإذا ثبت النسخ وجب المصير إليه، أو يقال: إن إباحة المتعة كانت في مرتبة العفو التي لم يتعلق بها الحكم كالخمر قبل تحريمها، ثم ورد النص القاطع بالتحريم.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على تحريم نكاح المتعة بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول:

١ - أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون، إلا على أزواجهم، أو ما ملكت أيمانهم، فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ فهذه الآية حرمت الاستمتاع بالنساء إلا من طريقين: الزواج وملك اليمين، وليست المتعة زواجاً صحيحاً، ولا ملك يمين، فتكون محرمة، ودليل أنها ليست زواجاً أنها ترتفع من غير طلاق، ولا نفقة فيها، ولا يثبت بها التوارث.

٢ - وأما السنة: فالأحاديث الكثيرة السابقة المتفق عليها التي ذكرناها عن علي

(١) نصب الراية: ٣/١٧٩.
(٢) نيل الأوطار: ٦/١٣٦.

وسَبْرة الجهني وسلمة بن الأكوع وغيرهم رضي الله عنهم، والمتضمنة النهي الصريح عن نكاح المتعة عام خيبر، وبعد فتح مكة بخمسة عشر يوماً، وفي حجة الوداع.

٣ً ـ وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة إلا الإمامية على الامتناع عن زواج المتعة، ولو كان جائزاً لأفتوا به. قال ابن المنذر: جاء عن الأوائل الرخصة فيها، أي في المتعة، ولا أعلم اليوم أحداً يجيزها، إلا بعض الرافضة، ولا معنى لقول يخالف كتاب الله وسنة رسوله. وقال القاضي عياض: ثم وقع الإجماع من جميع العلماء على تحريمها، إلا الروافض[1].

٤ً ـ أما المعقول: فإن الزواج إنما شرع مؤبداً لأغراض ومقاصد اجتماعية، مثل سكن النفس وإنجاب الأولاد وتكوين الأسرة، وليس في المتعة إلا قضاء الشهوة بنحو مؤقت، فهو كالزنا تماماً، فلا معنى لتحريمه مع إباحة المتعة.

وبه يتبين رجحان أدلة الجمهور والقول بتحريم المتعة وبطلان زواجها وبطلان الزواج المؤقت، وهذا ما يتقبله المنطق وروح الشريعة، ولا يمكن لأي إنسان متجرد محايد إلا إنكار المتعة والامتناع عنها نهائياً.

الشرط الثالث ـ الشهادة:

الكلام عن هذا الشرط في أربعة مواضع: آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة على الزواج، وقت الشهادة، حكمتها، شروط الشهود.

أولاً ـ آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة:

اتفقت المذاهب الأربعة[2] على أن الشهادة شرط في صحة الزواج، فلا يصح بلا

---

(١) نيل الأوطار: ١٣٦/٦

(٢) هذا هو المعتمد في مذهب المالكية، بخلاف ماتنقله بعض الكتب القديمة والحديثة من أنه لا يشترط الإشهاد عند مالك، بل يكفي الإعلان ولو بالدف. وهذا هو المشهور عن أحمد أنه لا ينعقد النكاح إلا بشاهدين.

شهادة اثنين غير الولي، لقوله ﷺ فيما روته عائشة: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[1] وروى الدارقطني حديثاً عن عائشة أيضاً: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدين» وروى الترمذي عن ابن عباس من قوله عليه الصلاة والسلام: «البغايا: اللاتي يَنْكحن أنفسهن بغير بينة»[2].

ولأن في الشهادة حفاظاً على حقوق الزوجة والولد، لئلا يجحده أبوه، فيضيع نسبه، وفيها درء التهمة عن الزوجين، وبيان خطورة الزواج وأهميته.

نكاح السر: وتأكيداً لشرط الشهادة قال المالكية[3]: يفسخ نكاح السر (وهو الذي يوصي فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته، أو عن جماعة ولو أهل منزل) بطلقة بائنة إن دخل الزوجان، كما يتعين فسخ النكاح بدخول الزوجين بلا إشهاد، ويحدان معاً حد الزنا جلداً أو رجماً إن حدث وطء وأقرّا به، أو ثبت الوطء بأربعة شهود كالزنا، ولا يعذران بجهل.

ولكن لا يجب الحد عليهما إن فشا النكاح وظهر بنحو ضرب دُفّ أو وليمة، أو بشاهد واحد غير الولي، أو بشاهدين فاسقين ونحوها للشبهة، لقوله ﷺ: «ادرءوا الحدود بالشبهات»[4].

وقال الحنابلة: لا يبطل العقد بتواص بكتمانه، فلو كتمه ولي وشهود وزوجان، صح وكره[5].

وهناك قول شاذ لابن أبي ليلى وأبي ثور وأبي بكر الأصم: لا تشترط الشهادة في

---

(١) رواه الدارقطني وابن حبان في صحيحه.

(٢) لم يرفعه غير عبد الأعلى وهو ثقة (نيل الأوطار: ١٢٥/٦).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢٣٦/٢، الشرح الصغير: ٣٣٦/٢ وما بعدها.

(٤) رواه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس، ورواه أبو مسلم الكجي وابن السمعاني عن عمر بن عبد العزيز مرسلاً، ورواه مسدد في مسنده عن ابن مسعود موقوفاً (الجامع الصغير).

(٥) غاية المنتهى: ٢٧/٣.

الـزواج ولا تلـزم؛ لأن الآيـات الـواردة في شـأن الـزواج لا تشترط الإشهـاد، مثـل ﴿فـانكحوا مـاطـاب لكم من النسـاء﴾ ﴿وأنكحوا الأيـامى منكم﴾ فيعمل بها على إطلاقها، والأحاديث الواردة لا تصلح مقيدة.

وهذا هو مذهب الشيعة الإمامية[1]، فإنهم قالوا: يستحب الإعلان والإظهـار في النكاح الدائم والإشهاد، وليس الإشهاد شرطاً في صحة العقد عند علمائنا أجمع.

وهذا القول باطل لا يعول عليـه؛ لأن أحـاديث الإشهـاد على الزواج مشهورة، فيصح أن يقيد بها مطلق الكتاب.

ثانياً ـ وقت الشهادة:

يرى الجمهور غير المـالكيـة: أن الشهـادة تلزم حين إجراء العقـد، ليسمع الشهود الإيجاب والقبول، عند صدورهما من المتعاقدين. فـإن تم العقـد بـدون الشهـادة وقع فاسداً، للحديث السابق: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عـدل» وظـاهره عنـد النكاح، وبـه تتحقـق حكمـة الشهـادة، ولأن الشهـادة ـ كما قـال الحنفيـة ـ شرط ركن العقـد، فيشترط وجودها عند الركن.

ويرى المالكية: أن الشهادة شرط لصحة الزواج، سواء أكانت عند إبرام العقـد، أم بعد العقد وقبل الدخول، ويستحب فقط كونها عند العقد، فـإن لم تصح الشهـادة وقت العقد أو قبل الدخول، كان العقد فـاسـداً، والـدخول بـالمرأة معصيـة، ويتعين فسخه كما بينا، فالشهادة عنـدهم شرط في جواز الـدخول بـالمرأة، لا في صحـة العقـد، وهذا محل الخلاف بين المالكية وغيرهم.

---

(١) المختصر النافع في فقه الإمامية: ص ١٩٤.

ثالثاً ـ حكمة الإشهاد :

الحكمة من اشتراط الإشهاد على الزواج بيان خطورته وأهميته ، وإظهار أمره بين الناس لدفع الظنة والتهمة عن الزوجين .

ولأن بالشهادة على الزواج التمييز بين الحلال والحرام ، فشأن الحلال الإظهار ، وشأن الحرام التستر عليه عادة . ويتحقق بالشهادة التوثق لأمر الزواج والاحتياط لإثباته عند الحاجة إليه .

لهذا كله ندب الشرع إلى إعلان النكاح والدعوة إلى وليمته ، فقال ﷺ : «أعلنوا النكاح» «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغِربال» أي الدُّف ، «أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف ، وليولم أحدكم ولو بشاة ، فإذا خطب أحدكم امرأة وقد خَضِب بالسواد ، فليُعْلمها لا يَغرُّها»[1] .

رابعاً ـ شروط الشهود : ينبغي توافر مقاصد معينة في الشهود وهي أولاً ـ أن يكونوا أهلاً لتحمل الشهادة وذلك بالبلوغ والعقل ، وثانياً ـ أن يتحقق بحضورهم معنى الإعلان ، وثالثاً ـ أن يكونوا أهلاً لتكريم الزواج بحضورهم .

أما الأهلية : فتشترط في الشهود على الزواج بالاتفاق الأهلية الكاملة ، وسماع كلام العاقدين وفهم المراد منه ، وتكون شروط الشهود هي ما يأتي :

١ ـ العقل : فلا تصح شهادة المجنون على عقد الزواج ، إذ لا تتحقق الغاية من الشهادة وهي الإعلان وإثبات الزواج في المستقبل عند الجحود والإنكار.

---

(١) الحديث الأول رواه أحمد وصححه الحاكم عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، والثاني أخرجه الترمذي وابن ماجه والبيهقي عن عائشة ، وفي رواته ضعيف ، والثالث أخرجه الترمذي أيضاً من حديث عائشة ، وقال : حسن غريب . قال الصنعاني : الأحاديث في إعلان النكاح واسعة وإن كان في كل منها مقال ، إلا أنها يعضد بعضها بعضاً (سبل السلام : ١١٦/٣ وما بعدها) .

٢ً ـ البلوغ : فلا تصح شهادة الصبي ولو كان مميزاً ، لأنه لا يتحقق بحضور الصبيان الإعلان والتكريم ، ولا يتناسب حضورهم مع خطورة الزواج .

وهذان الشرطان متفق عليهما بين الفقهاء ، ويمكن جمعهما بشرط واحد وهو كون الشاهدين مكلفين ، واختلفوا في شروط أخرى بحسب المقصود من الشهادة ، أهو الإعلان فقط كما قال الحنفية ، أم صيانة العقد من الجحود والإنكار كما قال الشافعية .

٣ً ـ التعدد : شرط باتفاق الفقهاء ، فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد ، للحديث السابق : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

وذكر الحنفية[1] : أن من أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة ، فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما ، جاز النكاح ؛ لأن الأب يجعل مباشراً للعقد لاتحاد المجلس ، ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً ، فيبقى المزوج شاهداً .

وإن كان الأب غائباً لم يجز الزواج ؛ لأن المجلس مختلف ، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً .

وإذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد : إن كانت حاضرة جاز ، وإن كانت غائبة لم يجز .

٤ً ـ الذكورة : شرط عند الجمهور غير الحنفية ، بأن يكون الشاهدان رجلين ، فلا يصح الزواج بشهادة النساء وحدهن ولا بشهادة رجل وامرأتين ، لخطورة الزواج وأهميته ، بخلاف الشهادة في الأموال والمعاملات المالية ، قال الزهري : « مضت السنّة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود ، ولا في النكاح ، ولا في الطلاق »[2] ولأنه عقد ليس

---

(١) فتح القدير : ٣٥٦/٢ .

(٢) رواه أبو عبيد في الأموال . والمقصود بالسنة : سنة النبي ﷺ .

بمال، ولا يقصد منه المال، ويحضره الرجال في غالب الأحوال، فلا يثبت بشهادة النساء كالحدود.

وقال الحنفية: تجوز شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج، كالشهادة في الأموال؛ لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها، وإنما لم تقبل شهادتها في الحدود والقصاص فللشبهة فيها بسبب احتمال النسيان والغفلة وعدم التثبت، والحدود تدرأ بالشبهات.

٥ ـ الحرية: شرط عند الجمهور غير الحنابلة، بأن يكون الشاهدان حرين، فلا يصح الزواج بشهادة عبدين، لخطورة عقد الزواج، ولأن العبد لا ولاية له على نفسه، ولا شهادة له لعدم الولاية، فلا تكون له ولاية على غيره، والشهادة من قبيل الولايات.

وقال الحنابلة: ينعقد الزواج بشهادة عبدين؛ لأن شهادة العبيد مقبولة عندهم في سائر الحقوق، ولم يثبت نفيها في كتاب أو سنة أو إجماع، قال أنس بن مالك: ما علمت أحداً رد شهادة العبد، والله يقبلها على الأمم يوم القيامة، فكيف لا تقبل هنا؟ وتقبل روايته في الحديث عن النبي ﷺ إذا كان عدلاً ثقة، فكيف لا تقبل فيما دون ذلك؟ والمعول عليه في الشهادة الثقة بخبر الشاهد، فإذا كان العبد ثقة عدلاً فتقبل شهادته.

٦ ـ العدالة ولو ظاهرة: أي الاستقامة واتباع تعاليم الدين، ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف. وهي شرط عند الجمهور في أرجح الروايتين عن أحمد، وفي الصحيح عند الشافعية، فلا يصح الزواج بشهادة الفاسق، للحديث السابق: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، ولأن الشهادة من باب الكرامة لتكريم الزواج وإظهار شأنه، والفاسق من أهل الإهانة فلا يكرم العقد به، وهذا هو الراجح.

وقال الحنفية : العدالة ليست بشرط في الشهود ، فيصح العقد بشهادة العدول وغير العدول من الفساق ؛ لأن هذه الشهادة تحمّل ، فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وهو من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة . وهذا رأي الشيعة الإمامية أيضاً ؛ لأن الشهادة عندهم ليست شرطاً لصحة العقد ، بل هي مندوب إليها[1] .

٧ـ الإسلام : شرط بالاتفاق ، بأن يكون الشاهدان مسلمين يقيناً ، ولا يكفي مستور الإسلام ، واشتراطه إذا كان الزوجان مسلمين ، واكتفى الحنفية بهذا الشرط إذا كانت الزوجة مسلمة . فإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين صح عندهم ؛ لأن شهادة الكتابي على مثله جائزة ، ولا يصح عند غيرهم ؛ لأن الزوج مسلم ، ولا بد من معرفة الزواج في أوساط المسلمين .

والسبب في اشتراط إسلام الشهود في نكاح المسلمين : أن لهذا العقد خطورة واعتباراً دينياً ، فلا بد من أن يشهده مسلم ، لينتشر خبره بين المسلمين .

وأما إن كان الزوجان غير مسلمين ، فتقبل شهادة الكتابيين عند الحنفية .

٨ـ البصر : شرط عند الشافعية في الأصح ، فلا تقبل شهادة الأعمى ؛ لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمعاينة كالسماع ، وهو لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه .

وليس البصر بشرط عند الجمهور ، فتصح شهادة الأعمى إذا سمع كلام العاقدين وميز صوتهما على وجه لا يشك فيهما ؛ لأنه أهل للشهادة ، وهذه شهادة على قول ، فتصح كما تصح في المعاملات .

---

(١) قالوا : لا يشترط حضور شاهدين ولا ولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الأصح ، وإنما يستحب الإشهاد والإعلان والإظهار في النكاح الدائم (المختصر النافع : ص ١٩٤) .

٩ ـ سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه : شرط عند أكثر الفقهاء ، فلا ينعقد بشهادة نائمين أو أصمين ؛ لأن الغرض من الشهادة لا يتحقق بأمثالها .

كذلك لا يصح بشهادة السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يتذكره بعد الصحو .

ولا يصح أيضاً بشهادة غير عربي في عقد بالعربية إذا كان لا يعرف اللغة العربية ؛ لأن القصد من الشهادة فهم كلام العاقدين ، وأداء الشهادة عند اللزوم والاختلاف . وهذا هو المذهب الراجح عند الحنفية .

ولا يصح الزواج بشهادة الله ورسوله ، بل قيل : إنه يكفر ؛ لأنه اعتقد أن رسول الله ﷺ عالم الغيب .

هذا ولا يشترط في الشهود أن يكونوا ممن لا ترد شهادتهم للزوجين في القضاء ، فيصح الزواج بشهادة ابني الزوجين أو ابني أحدهما إلا عند الحنابلة فلا يصح ، وبشهادة عدويها ؛ لأن الولد والعدو من أهل الشهادة . ويصح بشهادة الحواشي والأعمام إذا كان الولي عند غير الحنفية غيرهم ، فالولي عند الجمهور شرط كالشهود ، والشهود غير الولي .

وقد وضع الحنفية ضابطاً لمن تقبل شهادته في الزواج ومن لا تقبل ، فقالوا : كل من صلح أن يكون ولياً في الزواج بولاية نفسه[1] ، صلح أن يكون شاهداً فيه .

وكما يشترط الإشهاد على صحة الزواج ، يستحب أيضاً عند الجمهور غير الحنفية على رضا المرأة بالزواج ، بأن قالت : رضيت أو أذنت فيه ، حيث يعتبر رضاها بأن كانت غير مجبرة ، وذلك احتياطاً ليؤمن إنكارها .

---

(١) هذا القيد لإخراج المكاتب ، فإنه وإن ملك تزويج أمته ، لكن لا بولاية نفسه ، بل بما استفاده من المولى . قال ابن عابدين : وهذا يقتضي عدم انعقاده بالمحجور عليه ، ولم أره .

موقف القانون من الشهادة : أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري (م ١٢) بمذهب الحنفية في الشهادة ، فنص على أنه : « يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين ، أو رجل وامرأتين ، مسلمين عاقلين بالغين ، سامعين الإيجاب والقبول ، فاهمين المقصود بها » ، أي أن هذا في الزواج بين مسلمين ، أما بين كتابيين فيصح بشهادة شاهدين من أهل الكتاب ، ولو كانا مخالفين لدين الزوجة ، كشهادة نصرانيين على الزواج بيهودية .

الشرط الرابع ـ الرضا والاختيار من العاقدين أو عدم الإكراه :

هو شرط عند الجمهور غير الحنفية ، فلا يصح الزواج بغير رضا العاقدين ، فإن أكره أحدهما على الزواج بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس المديد ، كان العقد فاسداً ، لقوله ﷺ : «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[١] . وأخرج النسائي عن عائشة : «أن فتاة ـ هي الخنساء ابنة خِدَام الأنصارية ـ دخلت عليها ، فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخيه يرفع بي خسيسته[٢] ، وأنا كارهة ، قالت : اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها ، فدعاه ، فجعل الأمر إليها ، فقالت : يا رسول الله ، قد أجزت ما صنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء »[٣] والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج . فدل الحديثان على أن الرضا شرط لصحة الزواج ، والإكراه يعدم الرضا ، فلا يصح معه الزواج . وهذا هو الراجح ؛ لأن التراضي أصل في العقود ، والعقد للزوجين ، فاعتبر تراضيهما به كالبيع .

وقال الحنفية : حقيقة الرضا ليست شرطاً لصحة النكاح ، فيصح الزواج ومثله الطلاق مع الإكراه والهزل ؛ لأن المستكره قاصد عقد الزواج ، لكنه غير راض بالحكم

---

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس .

(٢) الخسيس : الدنيء ، يقال : رفعت خسيسته : إذا فعلت به فعلاً يكون فيه رفعته .

(٣) سبل السلام : ١٢٢/٣ وما بعدها .

الذي يترتب عليه، فهو مثل الهازل، والهزل لا يمنع صحة الزواج، لقول النبي ﷺ: «ثلاث جِدهن جد، وهَزْلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»[1]. لكن هذا القياس يصادم الثابت في السنة.

الشرط الخامس ـ تعيين الزوجين:

ذكره الشافعية والحنابلة، فلا يصح العقد إلا على زوجين معينين؛ لأن المقصود في النكاح أعيانهما أو التعيين، فلم يصح بدون تعيينهما، فلو قال الولي: زوجتك ابنتي، لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة أو بالإشارة، فإن سماها باسم يخصها، أو وصفها بما تتميز به عن غيرها، بأن تكون الصفة لا يشركها فيها غيرها من أخواتها، كبنتي الكبرى أو الصغرى أو الوسطى أو البيضاء ونحوه، أو أشار إليها بأن قال: هذه، صح العقد، ولو سماها الولي في حال الإشارة، بغير اسمها، أو لم يكن له إلا بنت واحدة؛ لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم للاسم، فلو قال: زوجتك بنتي فاطمة هذه، وأشار إلى خديجة، فيصح العقد على خديجة؛ لأن الإشارة أقوى. وفي حال انفرادها عنده لا جهالة؛ لأن عدم التعيين إنما جاء من التعدد، ولا تعدد هنا. فإن حدث خطأ في الإيجاب والقبول، بأن نوى الولي البنت الكبيرة، ونوى الزوج البنت الصغيرة، لم يصح العقد، كما بينا؛ لأن الإيجاب في امرأة، والقبول في أخرى.

الشرط السادس ـ عدم الإحرام بالحج أو العمرة من أحد الزوجين أو الولي:

هو شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا يصح الزواج إذا كان أحد العاقدين محرماً بحج أو عمرة، ولا يجوز نكاح المحرم ولا إنكاحه لقوله ﷺ فيما رواه عثمان: «لا يَنْكح المُحرِم، ولا يُنْكح»[2] وفي رواية لمسلم: «ولا يخطُب» أي لنفسه أو لغيره.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه (كشف الخفا: ١/٣٨٩).

(٢) رواه مسلم عن عثمان رضي الله عنه.

فهذا نهي صريح للمحرم بحج أو عمرة أن يتزوج أو يزوج غيره، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، ولأن الإحرام انقطاع للعبادة، والزواج سبيل إلى المتعة، فيتنافى مع الإحرام، فيمنع أثناءه.

وأضاف المالكية أنه يفسخ وإن دخل الزوج وولدت، وفسخه بغير طلاق.

وقال الحنفية: ليس هذا شرطاً لصحة الزواج، فيصح مع الإحرام، سواء أكان المحرم هو الزوج أم الزوجة أم الولي، أي يجوز نكاح المحرم وإنكاحه، بدليل أن النبي ﷺ فيما رواه ابن عباس تزوج ميمونة بنت الحارث، وهو محرم[1].

والحق رجحان الرأي الأول، لورود رواية أخرى من طرق شتى عن ميمونة نفسها: «أن النبي ﷺ تزوجها وهو حلال»[2] فإذا تعارض الخبران رجحت رواية الكثرة، فيكون الوهم إلى الواحد أقرب منه إلى الجماعة، وحديث عثمان صحيح في منع المحرم، فهو المعتمد. وقد تؤول حديث ابن عباس بأن معنى «وهو محرم» أي داخل في الحرم، أو في الأشهر الحرم[3].

الشرط السابع ـ أن يكون الزواج بصداق:

هذا الشرط والشرطان الآتيان بعده مما اشترطه المالكية، وهو أن يكون الزواج بصداق (مهر)، فإن لم يذكر حال العقد، فلا بد من ذكره عند الدخول، أو يتقرر صداق المثل بالدخول.

فالشرط وجود الصداق، فلا يصح الزواج بدونه، لكن لا يشترط ذكره عند العقد، بل يستحب فقط، لما فيه من اطمئنان النفس، ودفع توهم الاختلاف في

---

(١) متفق عليه عن ابن عباس.

(٢) رواه مسلم عن ميمونة نفسها (انظر سبل السلام: ١٢٤/٣) في الأحاديث الثلاثة.

(٣) سبل السلام: ١٢٤/٣، وقد جزم بهذا التأويل ابن حبان في صحيحه، لكن قيل عنه: هو تأويل بعيد لاتساعد عليه ألفاظ الحديث.

المستقبل. فإن لم يذكر المهر حين العقد صح الزواج، ويسمى الزواج حينئذ زواج التفويض.

زواج التفويض: هو عقد بلا ذكر ـ أي تسمية ـ مهر[1]، فلو تزوج رجل امرأة، وتراضيا على الزواج بدون مهر، أو اشترطا عدم المهر أو سميا شيئاً لا يصلح مهراً كالخمر والخنزير، فلا يصح الزواج، ويجب فسخه قبل الدخول، وإن دخل الرجل بالمرأة ثبت العقد، ووجب للزوجة مهر المثل[2].

وقال الجمهور[3]: لا يفسد العقد بالزواج بدون مهر، أو باشتراط عدم المهر، أو بتسمية شيء لا يصلح مهراً؛ لأن المهر ليس ركناً في العقد ولا شرطاً له، بل هو حكم من أحكامه، فالخلل فيه لا تأثير له على العقد. وهذا هو الراجح، إذ لو كان المهر شرطاً في العقد لوجب ذكره حين العقد، وهو لا يجب أن يذكر حين العقد.

لهذا كان زواج التفويض (وهو إخلاء النكاح عن المهر) صحيحاً بالاتفاق[3].

الشرط الثامن ـ عدم تواطؤ الزوج مع الشهود على كتمان الزواج:

هو شرط أيضاً عند المالكية، فإذا حدث التواطؤ بين الزوج والشهود على كتمان الزواج عن الناس أو عن جماعة، بطل الزواج. وهذا ما يعرف ـ كما بينا ـ بنكاح السر: وهو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة، وأهل منزل، أو زوجة قديمة، إذا لم يكن الكتم خوفاً من ظالم أو نحوه. وحكمه: أنه يجب فسخه إلا إذا دخل بالمرأة.

فإن كان الإيصاء للشهود بالكتمان من الولي فقط، أو الزوجة فقط، دون

---

(١) قال المالكية: جاز بلا خلاف نكاح التفويض، ونكاح التحكيم.

(٢) الشرح الكبير: ٣١٣/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٠٣، الشرح الصغير: ٤٤٩/٢.

(٣) مغني المحتاج: ٢٢٩/٣، المهذب: ٦٠/٢، المغني: ٧١٦/٦، كشاف القناع: ١٧٤/٥، فتح القدير: ٤٣٤/٢، رد المحتار لابن عابدين: ٤٦١/٢.

الزوج، أو اتفق الزوجان والولي على الكتم دون إيصاء الشهود، أو أوصى الزوج الولي والزوجة معاً، أو أحدهما على الكتم، لم يضر، ولم يبطل العقد[1].

وقال الجمهور: ليس هذا شرطاً لصحة العقد، فلو اتفق الزوج مع الشهود على كتمان الزواج عن كل الناس أو عن بعضهم، لم يفسد العقد؛ لأن إعلان الزواج يتحقق بمجرد حضور الشاهدين.

الشرط التاسع ـ ألا يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً مخوفاً:

هو شرط أيضاً عند المالكية، فلا يصح نكاح المريض والمريضة المخوف عليهما، على المشهور، والمرض المخوف: هو ما يتوقع منه الموت عادة، ويفسخ الزواج إن وقع ولو بعد الدخول، إلا إن صح المريض قبل الفسخ، فإن لم يدخل الزوج فليس للمرأة صداق، وإن دخل فلها الصداق المسمى. ولو مات أحدهما قبل الفسخ ولو بعد الدخول لا يرثه الآخر؛ لأن سبب فساده إدخال وارث في التركة لم يكن موجوداً قبل المرض. لكن إن مات الزوج قبل فسخ الزواج بعد الدخول، فللزوجة الأقل من ثلث التركة ومن المسمى ومن مهر المثل؛ لأن الزواج في المرض المخوف تبرع، وتبرع المريض مرض الموت لا ينفذ إلا من الثلث[2].

الشرط العاشر ـ الولي:

هو شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا يصح الزواج إلا بولي، لقوله تعالى: ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ قال الشافعي: هي أصرح آية في اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى. ولقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[3] وهو لنفي

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢/٢٣٦ ـ ٢٣٧.

(٢) الشرح الكبير: ٢/٢٤٠، الشرح الصغير: ٣/٣٨٢.

(٣) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن أبي موسى الأشعري، وصححه ابن المديني والترمذي وابن حبان وأعله بإرساله (سبل السلام: ٣/١١٧).

الحقيقة الشرعية ، بدليل حديث عائشة : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[(١)] .

ولا يصح حمل الحديث الأول على نفي الكمال ؛ لأن كلام الشارع محمول على الحقائق الشرعية ، أي لا نكاح شرعي أو موجود في الشرع إلا بولي .

ولا يفهم من الحديث الثاني صحة الزواج بإذن الولي ؛ لأنه خرج مخرج الغالب ، فلا مفهوم له ؛ لأن الغالب أن المرأة إنما تزوج نفسها بغير إذن وليها .

ويؤكده حديث ثالث : «لا تزوج المرأةُ المرأةَ ، ولا تزوج المرأة نفسها»[(٢)] فإنه يدل على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها ولا لغيرها ، فلا عبارة لها في النكاح إيجاباً ولا قبولاً ، فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا غيرها ، ولا تزوج غيرها بولاية ولا بوكالة ، ولا تقبل النكاح بولاية ولا وكالة . والخلاصة : أن الجمهور يقول : لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً ، فلو زوجت امرأة نفسها ، أو غيرها ، أو وكلت غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها ، لم يصح نكاحها لعدم وجود شرطه وهو الولي .

وقال الحنفية في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : للمرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها وابنتها الصغيرة ، وتتوكل عن الغير ، ولكن لو وضعت نفسها عند غير كفء ، فلأوليائها الاعتراض . وعبارتهم : ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي ، بكراً كانت أم ثيباً ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية ، والولاية مندوبة مستحبة فقط . وعند محمد : ينعقد موقوفاً[(٣)] .

---

(١) رواه أحمد والأربعة إلا النسائي ، وصححه الترمذي وأبو عوانة ، وابن حبان والحاكم ، وابن معين وغيره من الحفاظ (سبل السلام : ١٢٧/٣ وما بعدها) .

(٢) رواه ابن ماجه والدارقطني ورجاله ثقات ، عن أبي هريرة (سبل السلام : ١٢٩/٣ وما بعدها) .

(٣) فتح القدير : ٣٩١/٢ وما بعدها ، البدائع : ٢٣٧/٢ - ٢٤٧ .

ودليلهم من القرآن : إسناد النكاح إلى المرأة في آيات ثلاث هي : ﴿ فـإن طلقهـا فـلا تحـل لـه حتى تنكـح زوجـاً غيره ﴾ ، ﴿ وإذا طلقتم النسـاء فبلغن أجلهن فـلا تعضُلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ فالخطـاب للأزواج ، لا للأوليـاء كما قـال الجمهور ، وآيـة : ﴿ فـإذا بلغن أجلهن فلا جنـاح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بـالمعروف ﴾ فهـذه الآيات صريحة في أن زواج المرأة يصدر عنها .

ودليلهم من السنة : حديث « الثيب أحق بنفسهـا من وليهـا ، والبكر تستـأمر ، وإذنها سكوتها »[1] وفي روايـة « لا تنكح الأيم ـ التي فـارقت زوجهـا بطلاق أو موت ـ حتى تستـأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستـأذن ، قـالوا : يـا رسول الله ، وكيف إذنهـا ؟ قال : أن تسكت »[2] فالحديث صريح في جعل الحق للمرأة الثيب في زواجها ، والبكر مثلها ، ولكن نظراً لغلبة حيائها اكتفى الشرع بـاستئـذانهـا بمـا يـدل على رضـاهـا ، وليس معناه سلب حق مباشرتها العقد ، بما لها من الأهلية العامة .

وهناك رأي وسط للفقيه أبي ثور من الشافعيـة[3] : وهو أنـه لا بـد في الزواج من رضا المرأة ووليها معاً ، وليس لأحدهما أن يستقل بالزواج بدون إذن الآخر ورضـاه ، ومتى رضيا فلكل واحد إجراء العقد ؛ لأن المرأة كاملة الأهلية في التصرفات .

شروط النفاذ :

اشترط الحنفيـة لنفـاذ عقـد الزواج وترتب آثـاره عليـه بـالفعـل بعـد انعقـاده صحيحاً الشروط الخمسة التالية[4] :

١ً ـ أن يكون كل من الزوجين كامل الأهليـة إذا تـولى عقـد الـزواج بنفسـه ، أو

---

(١) رواه مسلم عن ابن عباس (سبل السلام : ١١٩/٣) .

(٢) متفق عليه عن أبي هريرة (سبل السلام : ١١٨/٣) .

(٣) المهذب : ٣٥/٢ .

(٤) البدائع : ٢٣٣/٢ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٧٩/٢ ، الشرح الصغير : ٣٩١/٢ ، الشرح الكبير : ٢٤١/٢ .

بوكيل عنه، وكمال الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية، فمتى كان كل من الزوجين عاقلاً بالغاً حراً، نفذ العقد وترتبت آثاره عليه، من حل الدخول ووجوب المهر وغيرهما، وقال محمد كما بينا: إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها بدون ولي، كان زواجها موقوفاً على إجازة الولي.

أما إن باشر عقد الزواج صبي مميز أو عبد، فيتوقف العقد عند الحنفية والمالكية على إجازة الولي من أب ونحوه، أو سيد. وإن باشره مجنون أو غير مميز فلا ينعقد أصلاً.

وعند الشافعية والحنابلة: لا تنعقد تصرفات العبد والصبي المميز وغير المميز أصلاً، بل هي باطلة.

٢ً- أن يكون الزوج رشيداً، إذا تولى الزواج بنفسه: شرط عند المالكية، فإن كان سفيهاً غير رشيد: وهو الذي لا يحسن التصرف في ماله، وتزوج بدون إذن الولي، توقف عقد زواجه عند المالكية على إجازة وليه[1].

وقال الشافعية والحنابلة[2]: الرشد شرط لصحة الزواج، فلو تزوج السفيه بغير إذن وليه، كان الزواج باطلاً؛ لأنه تصرف يجب به مال، وفي الزواج ودفع المهر والنفقة إتلاف للمال أو مظنة إتلافه.

وقال الحنفية[3]: ليس الرشد شرطاً لصحة الزواج ولا لنفاذه، فإن تزوج السفيه امرأة جاز زواجه؛ لأنه من حوائجه الأصلية وتصرفاته الشخصية، والحجر إنما هو على التصرفات المالية المحضة. والقاعدة عندهم: أن كل ما لا يؤثر فيه الهزل كالعتق والنكاح، لا يؤثر فيه الحجر، لكن لا يثبت للمرأة أكثر من مهر المثل إذا كان

---

(١) الشرح الصغير: ٣٨٧/٣، الشرح الكبير والدسوقي: ٢٣١/٣، ٢٩٤ - ٢٩٧، القوانين الفقهية: ص ١٩٧.

(٢) مغني المحتاج: ١٧١/٢، كشاف القناع: ٤٤١/٣.

(٣) الكتاب مع اللباب: ٧٠/٢.

السفيه هو الزوج، ويثبت فيه مهر المثل على الأقل إذا كانت الزوجة هي السفيهة.

٣ً ـ ألا يكون العاقد ولياً أبعد مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه: شرط نفاذ عند الحنفية، فإن زوج الولي الأبعد مع وجود الأقرب منه، كان العقد موقوفاً على إجازة الولي الأقرب.

وهو شرط صحة عند الشافعية والحنابلة[1]، فلا يصح زواج الولي الأبعد مع وجود الأقرب إلا إذا كان هناك مانع كالجنون واختلال النظر بهرم أو خَبَل (فساد في العقل)، والصغر، والحجر بسفه، والعَضل (أي المنع من الزواج بغير حق).

وقال المالكية[2]: إن كان الولي الأقرب غير مجبر كالابن والأخ والجد والعم، كان العقد صحيحاً مكروهاً. وإن كان الأقرب ولياً مجبراً (وهو الأب) فسخ العقد أبداً، إلا إذا أجازه الولي الأقرب، وكان الذي تولاه مفوضاً إليه الأمر بالبينة.

٤ً ـ ألا يخالف الوكيل موكله فيما وكله به: فإذا وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة أو بمهر معين، فزوجه فتاة غيرها، أو زوجه بمهر أكثر، لم ينفذ العقد، وكان موقوفاً على إجازة الموكل. فلو لم يعلم حتى دخل بقي الخيار له بين إجازته وفسخه، ويكون للمرأة عند الحنفية الأقل من المسمى ومهر المثل؛ لأن الموقوف كالفاسد.

٥ً ـ ألا يكون العاقد فضولياً: والفضولي: هو من لا يكون له ولاية التزويج وقت العقد. وهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية. فإذا زوج شخص امرأة لرجل وقبل عنه، دون ولاية ولا وكالة عنه وقت العقد، كان الزواج موقوفاً على إجازة الزوج عندهم.

وأما عند الشافعية والحنابلة فتصرف الفضولي من بيع وزواج باطل.

---

(١) مغني المحتاج: ١٥٤/٣.

(٢) الشرح الصغير: ٣٥٨/٢، ٣٦٣ وما بعدها.

شروط اللزوم:

معنى لزوم العقد: ألا يكون لأحد العاقدين أو لغيرهما حق فسخه بعد انعقاده، بأن يخلو العقد من الخيار. ويشترط للزوم الزواج أربعة شروط هي[1]:

١ - أن يكون الولي المزوج لفاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه، أو ناقصها وهو الصغير والصغيرة هو الأب أو الجد: وهو شرط عند أبي حنيفة ومحمد. فلو كان المزوج لهما غيرهما كالأخ والعم، كان لكل منهما حق فسخ العقد عند زوال المانع أي الإفاقة من الجنون أو العته، والبلوغ بعد الصغر، حتى ولو كان الزواج بالكفء وبمهر المثل[2]؛ لأن قرابة غير الأصل والفرع قرابة حواشي، فلا يساوون الأصل والفرع بالشفقة، فيقدر زواجهم بالمصلحة الظاهرة، ويعطى المتزوج خيار الفسخ.

ودليل أبي حنيفة ومحمد: ما روي أن قدامة بن مظعون زوّج بنت أخيه: عثمان بن مظعون، من عبد الله بن عمر رضي الله عنه، فخيرها رسول الله ﷺ بعد البلوغ، فاختارت نفسها، حتى روي أن ابن عمر قال: إنها انتزعت مني بعد ما ملكتها.

وقال أبو يوسف: ليس هذا بشرط، ويلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء، فلا يثبت الخيار للمولى عليه؛ لأن هذا النكاح صدر من ولي، فيلزم، كما إذا صدر عن الأب والجد، لأن ولاية التزويج ولاية نظر في حق المولى عليه، وقد اجتهد الولي في تحقيق المصلحة، ونظر فيما هو الأولى والأصلح.

---

(١) البدائع: ٣١٥/٢ - ٣٢٢، المهذب: ٣٩/٢، كشاف القناع: ٧١/٥، القوانين الفقهية: ص ١٩٧، الشرح الصغير: ٣٩٩/٢ وما بعدها.

(٢) الكفء لغة: المساوي لغيره والمماثل له، واصطلاحاً: أن يساوي الرجل زوجته في أمور الدين والحرية والمال والحرفة. ومهر المثل: هو المهر الذي تتزوج به امرأة من أقارب أبي الزوجة، وتماثلها وقت العقد في صفات مخصوصة.

فإذا زوج الحاكم فاقد الأهلية أو ناقصها، فلا خيار للمولى عليه في رأي أبي حنيفة خلافاً لمحمد؛ لأن ولاية الحاكم أعم من ولاية الأخ والعم؛ لأنه يملك التصرف في النفس والمال، فكانت ولايته شبيهة بولاية الأب والجد، وولايتها ملزمة، فتلزم ولاية الحاكم.

٢ـ أن يكون الزوج كفؤاً للزوجة إذا زوجت المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الأولياء بمهر مثلها، وكان لها ولي عاصب[١] لم يرض بهذا الزواج، فلهذا الولي طلب فسخ الزواج من القاضي. وهذا شرط عند الحنفية في ظاهر الرواية.

وكذلك قال بقية المذاهب: الكفاءة في الزوج شرط للزوم الزواج، لا لصحته، فيصح النكاح مع فقدها، وهي حق للمرأة والأولياء كلهم القريب والبعيد، لتساويهم في لحوق العار بفقد الكفاءة، فلو زوجت المرأة بغير كفء، فلمن لم يرض بالنكاح الفسخ، فوراً أو تراخياً، سواء من المرأة أو الأولياء جميعهم؛ لأنه خيار لنقص في المعقود عليه كخيار البيع، ويملكه الأبعد من الأولياء مع رضا الأقرب منهم به، ومع رضا الزوجة، دفعاً لما يلحقه من لحوق العار.

والدليل على أن الكفاءة شرط لزوم لاشرط صحة أنه ﷺ: «أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه، فنكحها بأمره»[٢] وروت عائشة «أن أبا حذيفة بن عقبة بن ربيعة تبنى سالماً، وأنكحه ابنة أخيه: الوليد بن عقبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار»[٣] وعن أبي حنظلة بن أبي سفيان الجمحي عن أمه قالت: «رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال»[٤].

(١) الولي العاصب: هو القريب الذي لاتكون قرابته للمرأة بواسطة الأنثى وحدها، كالأب والجد وأبي الأب، والأخ والعم وابن العم.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه البخاري وأبو داود والنسائي.

(٤) رواه الدارقطني.

٣ - أن يكون المهر بالغاً مهر المثل إذا زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء، بغير رضا الأولياء، وألا يقل عن مهر المثل إذا زوجت المرأة نفسها من كفء. وهذا عند أبي حنيفة، فللأولياء حق الاعتراض وطلب فسخ الزواج، إلا إذا قبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل، فلا يكون للولي حينئذ حق الفسخ، وبناء عليه إما أن يزيد الزوج إلى مهر المثل أو يفرق بينهما.

وعند أبي يوسف ومحمد: ليس هذا بشرط، ويلزم النكاح بدونه.

٤ - خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما.

هذه هي شروط الزواج الشرعية، أما الشروط القانونية الموضوعة لإجراء عقد الزواج رسمياً ولسماع دعوى الزوجية، لمنع الناس من تزويج الصغار، ومحاولة ادعاء الزوجية زوراً، فهي مجرد قيود قانونية.

خلاصة شروط الزواج في كل مذهب على حدة:

الحنفية: للزواج شروط في الصيغة وفي العاقدين وفي الشهود.

أما شروط الصيغة (وهي الإيجاب والقبول) فهي:

١ - أن تكون بألفاظ مخصوصة: وهي إما صريحة وإما كناية، فالصريحة: هي ما كانت بلفظ التزويج والإنكاح وما اشتق منهما، سواء بلفظ الماضي، أم بلفظ المضارع بقرينة تدل على الحال، لا طلب الوعد، أم بلفظ الأمر: زوجني. والكناية: هي التي تحتاج إلى نية وأن تقوم قرينة على هذه النية، وهي ألفاظ الهبة أو الصدقة أو التمليك أو الجعل، والبيع والشراء، مع نية معنى الزواج. ولا ينعقد بلفظ الإجارة والوصية، ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع والإقالة والخلع.

٢ - أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.

٣ - ألا يخالف القبول الإيجاب.

٤ ـ أن تكون الصيغة مسموعة للعاقدين .

٥ ـ ألا يكون اللفظ مؤقتاً بوقت كشهر ، وهو نكاح المتعة .

وأما شروط العاقدين وهما الزوج والزوجة فهي :

١ ـ العقل : وهوشرط في انعقاد الزواج ، فلا ينعقد زواج المجنون والصبي غير المميز.

٢ ـ البلوغ والحرية وهما شرطان للنفاذ .

٣ ـ أن يضاف الزواج إلى المرأة إو إلى جزء يعبر به عن الكل كالرأس والرقبة . فلا ينعقد الزواج بقوله : زوجني نصفها أو يدها أو رجلها .

وأما الشهادة : فهي شرط لصحة الزواج ، وتكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، ولو كانا محرمين بالنسك ، وشروط الشهود خمسة :

١ ـ ٣ ـ العقل والبلوغ والحرية : فلا يصح بشهادة مجنون أو صبي أو عبد .

٤ ـ الإسلام في أنكحة المسلمين : فلا يصح زواج المسلمين بشهادة الذميين ، إلا إذا كانت المرأة ذمية ، والرجل مسلماً ، فيصح زواجها بشهادة ذميين . وإذا كان الزوجان غير مسلمين صح الزواج بشهادة غير المسلمين ، سواء أكان الشاهدان موافقين للزوجين في الملة أم مخالفين .

٥ ـ أن يسمع الشهود كلام العاقدين معاً ، فلا يصح بشهادة نائمين . وتصح شهادة الأخرس وفاقد النطق إذا كان يسمع ويفهم ، ولا يشترط فهم الشهود معنى اللفظ بخصوصه ، وإنما يشترط أن يعلموا أن هذا اللفظ ينعقد به الزواج . فإذا تزوج عربي بحضرة أعجميين ، صح الزواج إذا عرفا أن الإيجاب والقبول ينعقد بها الزواج ، وينعقد بحضرة السكارى إذا كانا يعرفان أن هذا ينعقد به الزواج .

ولا تشترط العدالة ، فيصح الزواج بشهادة عدول أوغير عدول أو محدودين في القذف .

ولا يشترط في الزواج اختيار العاقدين، فلو أكره أحدهما على النكاح انعقد، ومثله الطلاق والعتق؛ لأن هذه الثلاثة تنعقد في حال الجد والهزل.

المالكية:

يشترط في الصيغة ما يلي:

١ ـ أن تكون بألفاظ مخصوصة: وهي أن يقول الولي: زوجت أو أنكحت، أو يقول الزوج: زوجني فلانة. ويكفي في القبول أن يقول: قبلت أو رضيت أو نفذت أو أتممت.

٢ ـ الفور: ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل طويل، ولا يضر الفاصل اليسير.

٣ ـ ألا يكون اللفظ مؤقتاً بوقت: وهذا هو نكاح المتعة.

٤ ـ ألا يكون مشتملاً على الخيار، أو على شرط يناقض العقد ويشترط في الزواج أن يكون بصداق، فإن لم يذكر حال العقد، فلا بد من ذكره عند الدخول. وأن يكون الصداق مما يملك شرعاً، فلا يصح بخمر أو خنزير أو ميتة، أو مما لا يصح بيعه كالكلب أو كان جزء ضحية.

وتشترط الشهادة، ولكن لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد، بل يندب ذلك فقط.

ويشترط في الزوجين: الخلو من الموانع كالإحرام، وألا تكون المرأة زوجة للغير أو معتدة منه، وألا يكونا محرمين بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

ويشترط في الزوج لصحة الزواج أربعة شروط وهي:

الإسلام في نكاح مسلمة، والعقل، والتمييز، وتحقق الذكورة، تحرزاً من الخنثى المشكل فإنه لا يَنْكح ولا يُنكَح.

ويشترط في الزوج لاستقرار الزواج خمسة شروط وهي :

الحرية ، والبلوغ ، والرشد ، والصحة ، والكفاءة . وإذا أكره أحد الزوجين على الزواج ، لم يلزم ، وليس للمكرَه أن يجيزه ؛ لأنه غير منعقد[1] .

الشافعية :

اشترطوا شروطاً في الصيغة وفي الزوجين وفي الشهود .

أما شروط الصيغة : فهي ثلاثة عشر شرطاً تشترط في العقود وهي ما يأتي :

١ ـ الخطاب : بأن يخاطب كل من العاقدين صاحبه .

٢ ـ أن يكون الخطاب واقعاً على جملة المخاطب ، فلا يصح على جزئه .

٣ ـ أن يذكر المبتدئ بأحد شرطي العقد العوض والمعوض عنه كالثمن والمثمن .

٤ ـ أن يقصد العاقد معنى اللفظ الذي ينطق به . فإن جرى على لسانه فلا يصح .

٥ ـ ألا يتخلل الإيجاب والقبول كلام أجنبي .

٦ ـ ألا يتخلل الإيجاب والقبول سكوت طويل : وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول .

٧ ـ ألا يتغير كلام البادئ قبل قبول الآخر .

٨ ـ أن يكون كلام كل واحد من العاقدين مسموعاً لصاحبه ولمن يقرب منه من الحاضرين . فإن لم يسمعه من كان قريباً لا يكفي ، وإن سمعه العاقد .

٩ ـ أن يتوافق القبول مع الإيجاب معنى .

١٠ ـ ألا يعلق الصيغة بشيء لا يقتضيه العقد ، مثل إن شاء فلان أو إن شاء الله .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ١٩٧ وما بعدها .

١١ ـ ألا يؤقت كلامه بوقت .
١٢ ـ أن يكون القبول ممن وجه له الخطاب لا غيره .
١٣ ـ أن تستمر أهلية المتكلمين بالصيغة إلى أن يتم القبول ، فلو جُنَّ أحدهما مثلاً قبل قبول الآخر بطل العقد .

يظهر من هذه الشروط : أنه يشترط في الزواج عدم التعليق مثل : زوجتك ابنتي إن بعتني الأرض الفلانية . ويشترط فيه عدم التأقيت ، مثل زوجيني نفسك مدة شهر ، وهو نكاح المتعة .

ويضاف إلى هذه الشروط : أن صيغة الزواج مقيدة بلفظي التزويج والإنكاح دون غيرهما ، في الإيجاب والقبول . ولا بد من أن تكون الصيغة بلفظ الماضي ، ولا يصح بلفظ المضارع ؛ لأنه يحتمل الوعد ما لم يقل : الآن . ويصح العقد بالألفاظ المحرفة مثل : جوزتك موكلتي ، حتى ولو لم تكن لغته على المعتمد ، ويصح أيضاً بالألفاظ الأعجمية ، ولو من عربيين إذا كان العاقدان فاهمين معناها . ويصح بلفظ الأمر : زوجني ابنتك ، فيقول له : زوجتك ، كما يصح بقول الولي : تزوج بنتي ، فيقول له : تزوجت .

وأما شروط الزوج : فهي أن يكون غير مَحْرم للمرأة ، كأخ أو خال ، من نسب أو رضاع أو مصاهرة . وأن يكون مختاراً غير مكره ، وأن يكون معيناً فلا يصح نكاح المجهول ، وألا يكون جاهلاً حِلَّ المرأة له ، فلا يجوز أن يتقدم لنكاح امرأة وهو جاهل بحلها .

وأما شروط الزوجة : فهي ألا تكون محرماً للزوج ، وأن تكون معينة ، وأن تخلو من الموانع الشرعية كالمتزوجة والمعتدة .

وأما شروط الشهود : فهي الحرية والذكورة والعدالة والسمع والبصر ، وكون الشاهد غير ولي متعين في الزواج ، فلا يصح الزواج بشهادة عبد أو امرأة أو فاسق أو

أصم أو أعمى أو خنثى مشكل، أو ولي يباشر العقد، فلا يكون الولي شاهداً، كالزوج ووكيله، فلا تصح شهادته مع وجود وكيله. وينعقد النكاح بابني الزوجين وأبويهما وعدويهما لثبوت النكاح بهما، وبمستوري العدالة.

والشهود والولي ركنان في عقد الزواج.

الحنابلة:

للزواج خمسة شروط:

١ً ـ تعيين الزوجين؛ لأن النكاح عقد معاوضة، أشبه تعيين المبيع في البيع، ولأن المقصود في النكاح التعيين، فلم يصح بدونه. ويشترط في الصيغة أن تكون بلفظ النكاح أو التزويج، لكن يكفي في القبول، كما قال المالكية، وخلافاً للشافعية أن يقول: قبلت أو رضيت، ولا يشترط فيه أن يقول: قبلت زواجها أو نكاحها. ولا يصح أن يتقدم القبول على الإيجاب، ويشترط الفور، فإن تأخر القبول عن الإيجاب حتى تفرقا أو تشاغلا بما يقطعه عرفاً فإنه لا يصح. ولا يشترط أن يكون اللفظ عربياً، فيصح بغير العربية من العاجز عن النطق بالعربية بشرط أن يؤدي معنى الإيجاب والقبول بلفظ التزويج أو النكاح. ولا يصح النكاح بالكتابة ولا بالإشارة إلا من الأخرس، فيصح منه بإشارته المفهمة.

٢ً ـ الرضا والاختيار من الزوجين أو من يقوم مقامهما، فإن لم يرضيا لم يصح النكاح، فلا يصح زواج المكره.

٣ً ـ الولي: فلا يصح نكاح إلا بولي.

٤ً ـ الشهادة على النكاح: فلا يصح إلا بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين ولو كانت عدالتهما ظاهراً، ولو رقيقين. وأن يكونا متكلمين مسلمين سميعين، فلا تصح بشهادة الأصم والكافر، وتصح شهادة الأعمى، وشهادة عدوي الزوجين، ويشترط أن

يكونا من غير أصل الزوجين وفرعيهما، فلا تصح شهادة أب الزوجة أو الزوج أو أبنائهما؛ لأن شهادتهما لا تقبل.

٥ - خلو الزوجين أو أحدهما من مانع المحرمية بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو مانع اختلاف الدين بأن يكون مسلماً وهي مجوسية ونحوه، أو كون المرأة في عدة ونحو ذلك، كأن يكون أحدهما محرماً بحج أو عمرة.

المبحث الرابع - أنواع الزواج وحكم كل نوع:

يتنوع الزواج بحسب اختلاف المذاهب في شروط الزواج، فهو عند الحنفية خمسة أنواع وهي:

الزواج الصحيح اللازم، والصحيح غير اللازم، والموقوف، والفاسد، والباطل. وعند المالكية أربعة أنواع وهي: الزواج اللازم، وغير اللازم، والموقوف، والفاسد أو الباطل.

وعند الشافعية والحنابلة ثلاثة أنواع: وهي الزواج اللازم، وغير اللازم، والفاسد أو الباطل.

وأما الزواج المكروه فهو بالاتفاق من أنواع الزواج الصحيح اللازم. والمقصود بالزواج اللازم: هو الذي استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه ولزومه.

والزواج غير اللازم: هو ما استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه وفقد شرطاً من شروط اللزوم.

والزواج الموقوف: هو الذي استكمل أركانه وشروط صحته، وفقد شرطاً من شروط النفاذ.

والزواج الباطل عند الجمهور: هو ما فقد ركناً من أركانه أو شرطاً من شروط صحته. وأما عند الحنفية: فهو ما فقد ركناً من أركانه أو شرطاً من شروط انعقاده.

والزواج الفاسد عند الحنفية : هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتخلف فيه شرط من شروط الصحة .

ولا فرق بين عند الجمهور بين الفاسد والباطل .

والمقصود بحكم الزواج هنا : الأثر المترتب على العقد ، تبعاً لاستيفاء أركانه وشرائطه الشرعية وعدم استيفائه ، ونبين هنا حكم كل نوع من أنواع الزواج السابقة .

أنواع الزواج وحكمها في القانون :

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على أنواع الزواج وحكم كل نوع منها . ففي المادة (٤٧) نص على الزواج الصحيح :

«إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده ، كان صحيحاً» ونصت المادة (٤٩) على آثار الزواج الصحيح وهي :

«الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ، ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة» أي أنه تثبت أحكام ستة بمجرد عقد الزواج الصحيح وهي : وجوب المهر ، واستحقاق النفقة الزوجية ، ومتابعة الزوجة لزوجها ، واستحقاق الإرث ، وثبوت نسب الأولاد من الأب ، وحرمة المصاهرة .

وفي المادة (٥٠) نص على أثر الزواج الباطل :

«الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ، ولو حصل فيه دخول» .

«ونصت المادة ٤٨/٢ على أن : زواج المسلمة بغير المسلم باطل .

ونصت الفقرة (١) من هذه المادة على الزواج الفاسد : كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه ، فهو فاسد .

ونصت المادة (٥١) على آثار الزواج الفاسد :

١ ـ الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل .

٢ ـ ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية :

أ ـ المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى

ب ـ نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادة ١٣٣ من هذا القانون

جـ ـ حرمة المصاهرة

د ـ عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج ، ونفقة العدة دون التوارث بين الزوجين

٣ ـ تستحق الزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح .

ونصت المادة (٥٢) على حكم الزواج الموقوف قبل الإجازة :

الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد .

ولم ينص هذا القانون على أحكام الزواج غير اللازم ، إلا ما ذكر في بحث الكفاءة ، حيث نصت المادة (٢٧) على أن للولي حق الفسخ إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير كفء .

ونصت المادة (٣٠) على أن المرأة إذا حملت يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة .

أحكام الزواج عند الفقهاء :

حكم الزواج الصحيح اللازم :

للزواج اللازم أو التام الذي استوفى أركانه وشروطه كلها آثار هي[1] :

---

(١) البدائع : ٣٣١/٢ ـ ٣٣٤ .

١ ـ حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على النحو المأذون فيه شرعاً، مالم يمنع منه مانع. والمأذون فيه ما يأتي:

أ ـ حل الوطء في القبل لا الدبر: ولا يحل الوطء في حالة الحيض والنفاس، والإحرام، وفي الظهار قبل التكفير (إخراج الكفارة) لقوله سبحانه: ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم، فإنهم غير ملومين ﴾ ولقوله تعالى: ﴿ ويسألونك عن المحيض قل: هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض، ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ والنفاس أخو الحيض. وقوله عز وجل: ﴿ نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ﴾ أي في أي وقت وكيفية شئتم في المكان المعروف وهو القبُل[1]. وقوله سبحانه: ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم، ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾.

وقوله ﷺ: «ملعون من أتى امرأة في دُبُرها»[2] «من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها، أو كاهناً فصدَّقه، فقد كفر بما أنزل على محمد ﷺ»[3] وقوله أيضاً: «واتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوانٍ[4]، لا يملكن لأنفسهن شيئاً ... وإنما أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله عز وجل»[5] وكلمة الله المذكورة في كتابه العزيز: لفظة الإنكاح والتزويج.

لكن لا تطلق المرأة بالوطء في الدبر، وإنما يحق لها طلب الطلاق من القاضي بسبب الأذى والضرر.

---

(١) يعني مقبلات ومدبرات ومستلقيات في موضع إنجاب الولد. جاء في رواية مسلم: «إن شاء مُجَبِّية ـ أي باركة ـ وإن شاء غير مجبّية، غير أن ذلك في صِمَام واحد» والتجبية: الانكباب على الوجه (نيل الأوطار: ٢٠٣/٦ ـ ٢٠٤).

(٢) رواه أحمد وابن ماجه عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٢٠٠/٦).

(٣) رواه أحمد والترمذي وأبو داود، وقال: فقد برئ مما أنزل، من حديث أبي هريرة (المرجع السابق).

(٤) أي أسيرات، من عنا: إذا ذل وخضع.

(٥) رواه أحمد عن أبي حرة الرقاشي، وثقه أبو داود، وفيه علي بن زيد وفيه كلام (مجمع الزوائد: ٢٦٥/٣ ـ ٢٦٦).

ما يقتضيه وطء الحائض في القبل: يلاحظ أن الوطء في الدبر حرام في أثناء الحيض وغيره، ويسن لمن وطئ الحائض أو النفساء في قبلها إذا كان عامداً عالماً بالتحريم بالحيض أن يتصدق بدينار إن وطئها في إقبال الدم، وبنصف دينار إن وطئها في إدباره[1]، لخبر: «إذا واقع الرجل أهله، وهي حائض، إن كان دماً أحمر فليتصدق بدينار، وإن كان أصفر، فليتصدق بنصف دينار»[2].

ب ـ حل النظر والمس من رأسها إلى قدميها في حال الحياة؛ لأن إحلال الوطء إحلال للمس والنظر من طريق الأولى. وأما بعد الموت فلا يحل له المس والنظر عند الحنفية، ويحل عند الشافعية.

جـ ـ ملك المتعة: وهو اختصاص الزوج بمنافع بضع الزوجة وسائر أعضائها استمتاعاً. وهو عوض عن المهر، والمهر على الرجل، فيكون هذا الحكم على الزوجة خاصاً بالزوج.

٢ ـ ملك الحبس والقيد: أي صيرورة المرأة ممنوعة عن الخروج إلا بإذن الزوج، لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن﴾ والأمر بالإسكان نهي عن الخروج، وقوله عز وجل: ﴿وقَرْن في بيوتكن﴾ وقوله سبحانه: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن﴾.

٣ ـ وجوب المهر المسمى على الزوج للزوجة: فهو حكم أصلي للزواج لا وجود له بدونه شرعاً؛ لأن المهر عوض عن ملك المتعة.

٤ ـ وجوب النفقة بأنواعها الثلاثة: وهي الطعام والكسوة والسكنى، مالم تمتنع الزوجة عن طاعة زوجها بغير حق، فإن امتنعت سقطت نفقتها. ودليل

---

(١) تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب للشيخ زكريا الأنصاري: ص ٢٢٧.

(٢) رواه أبو داود والحاكم وصححه.

الإلزام بالنفقة قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ وقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله﴾ وقوله عز وجل: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدكم﴾ والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق؛ لأنها لا تمكن من الخروج للكسب، لكونها عاجزة بأصل الخلقة لضعف بنيتها.

٥ـ ثبوت حرمة المصاهرة: وهي حرمة الزوجة على أصول الزوج وفروعه، وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج، لكن تثبت الحرمة في بعض الحالات بنفس عقد الزواج، وفي بعضها يشترط الدخول.

٦ـ ثبوت نسب الأولاد من الزوج: بمجرد وجود الزواج في الظاهر، لقوله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[1] وفي لفظ للبخاري: «لصاحب الفراش».

٧ـ ثبَوت حق الإرث بين الزوجين: إذا مات أحد الزوجين أثناء الزوجية أو في العدة من طلاق رجعي، بالاتفاق، أو من طلاق بائن في مرض الموت عند الجمهور غير الشافعية، حتى ولو بعد العدة عند المالكية والحنابلة. والدليل قوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم..﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿ولهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين﴾.

٨ـ وجوب العدل بين النساء في حقوقهن عند التعدد[2]:

فإذا كان للرجل أكثر من امرأة، فعليه عند الجمهور غير الشافعية العدل بينهن في حقوقهن من البيتوتة والنفقة (المشروب والملبوس) والكسوة والسكنى، أي التسوية

---

(١) رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٢٧٩/٦).

(٢) البدائع: ٣٣٢/٢ وما بعدها، تبيين الحقائق: ١٧٩/٢ وما بعدها، فتح القدير: ٥١٦/٢ ـ ٥١٩، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٥٤٦/٢ ـ ٥٥٣، القوانين الفقهية: ص ٢١٢، الشرح الصغير: ٥٠٥/٢ ـ ٥١١، المهذب: ٦٧/٢ ـ ٦٩، مغني المحتاج: ٢٥١/٣ ـ ٢٥٦، كشاف القناع: ٢١٣/٥ ـ ٢٣٣.

بينهن فيما ذكر. فقد ندب سبحانه وتعالى إلى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة، فدل على أن العدل بينهن في القَسْم (وهو توزيع الزمان على زوجاته إن كن اثنتين فأكثر) والنفقة واجبة، قال تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾ أي إن خفتم ألا تعدلوا في القسم والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرباع، فواحدة، وقال تعالى: ﴿ذلك أدنى ألا تعدلوا﴾ أي تجوروا، والجور حرام، فكان العدل واجباً ضرورة.

وقالت عائشة: «كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ويقول: اللهم هذا قَسْمي فيما أملك، فلا تلُمني فيما تملك ولا أملك»[1] قال الترمذي: يعني به الحب والمودة، وأخرج البيهقي عن ابن عباس في قوله: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾ قال: في الحب والجماع.

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من كانت له امرأتان، يميل لإحداهما على الأخرى، جاء يوم القيامة، يجرُّ أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً»[2].

والبداءة في القسم وفي مقدار الدور إلى الزوج، ويطوف إلى نسائه في منازلهن اقتداء برسول الله ﷺ، ويمنع جمع المرأتين مع الرجل في فراش واحد، وإن بدون وطء، فلو كان عمل الزوج ليلاً كالحارس، ذكر الشافعية أنه يقسم نهاراً، قال الحنفية: وهو حسن.

حال المرض: والمريض في وجوب القسم عليه كالصحيح البالغ العاقل ولو مجبوباً؛ لأن «رسول الله ﷺ كان يسأل في مرضه الذي مات فيه: أين أنا غداً؟ أين أنا غداً؟ يريد يوم عائشة، فأذن له أزواجه يكون حيث شاء، فكان في بيت عائشة حتى مات عندها»[3].

---

(١) رواه الخمسة إلا أحمد (نيل الأوطار: ٢١٧/٦).

(٢) رواه الخمسة عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٢١٦/٦).

(٣) متفق عليه عن عائشة (المرجع السابق: ص ٢١٧).

لكن قال المالكية : إن لم يقدر مريض على القسم لشدة مرضه ، فعند من شاء منهن ، بلا تعيين .

نوع القسم : ولا يجب القسم في الوطء ، وإنما في المبيت إلا إذا أراد إضرار امرأة ، فيجب عليه ترك الضرر ، فعماد القسم الليل ، لقوله عز وجل : ﴿ وجعلنا الليل لباساً ﴾ قيل في التفسير : الإيواء إلى المساكن ، ولأن النهار للمعيشة ، والليل للسكون . لكن يستحب القسم في الاستمتاع ؛ لأنه أكمل في العدل .

القسم في السفر : قال الحنفية : لا قسم على الزوج إذا سافر ، ولا يجب عليه أن يبيت عند الأخرى مقابل أيام السفر ؛ لأن مدة السفر ضائعة ، لكن الأفضل أن يقرع بينهن ، فيخرج بمن خرجت قرعتها تطييباً لقلوبهن دفعاً لتهمة الميل عن نفسه ، قالت عائشة : « كان النبي ﷺ إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها ، خرج بها معه »[1] .

ورأى المالكية كالحنفية أن الزوج إذا أراد سفراً اختار منهن للسفر معه من شاء ، إلا إذا أراد السفر في قُرْبة أي عبادة كحج ، فيُقرع بينهما أو بينهن . والحاصل أن الحنفية والمالكية لا يوجبون القرعة ؛ لأنها من باب الخطر والقمار .

لكن الحنابلة والشافعية قالوا : إنه لا يجوز للزوج اصطحاب إحداهن معه بغير قرعة ، فإذا أراد السفر أقرع بينهن ، فمن خرجت عليها القرعة ، سافر بها ؛ لأنه ﷺ : « كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فمن خرج سهمها خرج بها معه »[2] .

أثر سفر المرأة على القسم : وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج ، سقط حقها من القسم والنفقة ؛ لأن القسم للأنس ، والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد منعت

---

(١) متفق عليه عن عائشة (المرجع السابق) .

(٢) متفق عليه .

ذلك بالسفر. فإن سافرت بإذن الزوج، قال الشافعية في الجديد: إن كان لغرضه يقضي لها، وإن كان لغرضها لا يقضي.

وكذلك قال الحنابلة: يسقط حق المرأة في القسم والنفقة إن سافرت بغير إذنه لحاجتها أو غيرها، أو امتنعت من المبيت عنده، أو سافرت بإذنه لحاجتها. ولا يسقط حقها من نفقة ولا قسم إن بعثها الزوج لحاجته، أو انتقلت من بلد إلى بلد بإذنه. وقالوا أيضاً: لو سافر الزوج عن المرأة لعذر وحاجة، سقط حقها من القسم والوطء، وإن طال سفره للعذر.

هبة المرأة حقها: اتفق الفقهاء على أن للمرأة أن تهب حقها من القسم في جميع الزمان، وفي بعضه، لبعض ضرائرها، وعلى أنه إن رضيت بترك قسمها، جاز؛ لأنه حق ثبت لها، فلها أن تستوفي، ولها أن تترك، فقد ثبت أن سودة بنت زَمْعة وهبت يومها لعائشة، وكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة[1].

ولكن لا تجوز الهبة بغير رضا الزوج، فإذا رضيت الواهبة ورضي الزوج، جاز بلا خلاف؛ لأن الحق لا يخرج عنهما. ولا يلزم الزوج الرضا بالهبة؛ لأنها لا تملك إسقاط حقه من الاستمتاع، فله أن يبيت عندها في ليلتها.

وإذا أخذت الواهبة مالاً على ترك نوبتها، لم يجز أخذه، ويلزمها رده إلى من أخذته منه، وعلى الزوج أن يقضي لها زمن هبتها؛ لأنها تركته بشرط العوض، ولم يسلم العوض لها، فترجع بالمعوض؛ لأن هذا معاوضة القسم بالمال، فيكون في معنى البيع، ولا يجوز هذا البيع.

حق البكر والثيب والجديدة والقديمة: قال الحنفية: البكر والثيب، والجديدة والقديمة، والمسلمة والكتابية سواء في القسم، لإطلاق الآيات، وهي قوله

---

(١) متفق عليه عن عائشة (المرجع السابق: ص ٢١٨).

تعالى: ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل ﴾ أي لن تستطيعوا أن تعدلوا في المحبة، فلا تميلوا في القسم، كما قال ابن عباس. وقوله تعالى: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ وغايته القسم، وقوله تعالى: ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا ﴾ ولإطلاق أحاديث النهي عن الميل وعدم القسم، ولأن القسم من حقوق الزواج، ولا تفاوت بين النساء في الحقوق.

وأما ما روي من نحو: «للبكر سبع وللثيب ثلاث» فيحتمل أن المراد التفضيل في البداءة دون الزيادة، فوجب تقديم الدليل القطعي، وهو الآيات.

وقال الجمهور: تختص وجوباً البكر الجديدة عند الزفاف بسبع ليال متوالية، بلا قضاء للباقيات. وتختص وجوباً الزوجة الثيب بثلاث ليال متوالية، بلا قضاء، ثم يقسم بعدئذ، لخبر ابن حبان في صحيحه: «سبع للبكر، وثلاث للثيب»[١]، وعن أبي قلابة عن أنس قال: «من السنة إذا تزوج البكر على الثيب، أقام عندها سبعاً، ثم قَسَم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً، ثم قسم» قال أبو قلابة: «ولو شئتُ لقلت: إن أنساً رفعه إلى رسول الله ﷺ»[٢].

٩ـ وجوب طاعة الزوجة لزوجها إذا دعاها إلى الفراش، لقوله تعالى: ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ قيل: لها المهر والنفقة وعليها أن تطيعه في نفسها، وتحفظ غيبته. وقد أمر الشرع في قوله تعالى: ﴿ فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ﴾ بتأديبهن بالهجر والضرب غير المبرح (غير المؤذي) عند عدم طاعتهن، ثم قال تعالى: ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ﴾ فدل على لزوم طاعتهن الأزواج.

---

(١) ورواه الدارقطني أيضاً (نيل الأوطار: ٢١٤/٦) بلفظ: «للبكر سبعة أيام، وللثيب ثلاث، ثم يعود إلى نسائه».

(٢) متفق عليه (المرجع السابق).

١٠ ـ ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته: بأن نشزت، أو خرجت بلا إذن، أو تركت حقوق الله كالطهارة والصلاة، أو أغلقت الباب دونه، أو خانته في نفسها أو ماله. ويبدأ بالترتيب بما يلي:

الوعظ والنصح بالرفق واللين: وهو ذكر ما يقتضي رجوعها عما ارتكبته من الأمر والنهي برفق، ثم الهجر والاعتزال وترك الجماع والمضاجعة، ثم الضرب غير المبرح ولا الشائن. والدليل قوله تعالى: ﴿ واللائي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع، واضربوهن ﴾ فظاهر الآية، وإن كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب، والواو تحتمل الترتيب.

فإن نفع الضرب، وإلا رفع الأمر، لبعث حكمين أحدهما من أهله، والآخر من أهلها، كما قال تعالى: ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حكماً من أهله، وحكماً من أهلها، إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ﴾.

١١ ـ المعاشرة بالمعروف من كف الأذى وإيفاء الحقوق وحسن المعاملة: وهو أمر مندوب إليه، لقوله تعالى: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ ولقوله ﷺ: «خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي»[(١)] وقوله: «استوصوا بالنساء خيراً»[(٢)] والمرأة أيضاً مندوبة إلى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالإحسان، واللطف في الكلام، والقول المعروف الذي يطيب به نفس الزوج.

ومن العشرة بالمعروف: بذل الحق من غير مطل، لقوله ﷺ: «مَطْل الغني ظلم»[(٣)].

---

(١) رواه الترمذي عن عائشة، وابن ماجه عن ابن عباس، والطبراني عن معاوية، وهو حديث صحيح (نيل الأوطار: ٢٠٦/٦).

(٢) متفق عليه عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٢٠٥/٦).

(٣) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) وابن أبي شيبة والطبراني في الوسط عن أبي هريرة (نصب الراية: ٥٩/٤).

ومن العشرة الطيبة : ألا يجمع بين امرأتين في مسكن إلا برضاهما ؛ لأنه ليس من العشرة بالمعروف ، ولأنه يؤدي إلى الخصومة . ومنها ألا يطأ إحداهما بحضرة الأخرى ؛ لأنه دناءة وسوء عشرة . ومنها ألا يستمتع بها إلا بالمعروف ، فإن كانت نِضْو الخلق (هزيلة) ولم تحتمل الوطء ، لم يجز وطؤها لما فيه من الإضرار.

حكم الاستمتاع أو هل الوطء واجب ؟

قال الحنفية[1] : للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء ؛ لأن حله لها حقها ، كما أن حلها له حقه ، وإذا طالبته يجب على الزوج .

وقال المالكية[2] : الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر.

وقال الشافعية[3] : ولا يجب عليه الاستمتاع إلا مرة ؛ لأنه حق له ، فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ، ولأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة ، فلا يمكن إيجابه ، والمستحب ألا يعطلها ، لقول رسول الله ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص : «أتصوم النهار؟ قلت : نعم ، قال : وتقوم الليل ؟ قلت : نعم ، قال : لكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأنام ، وأمسّ النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني»[4] ولأنه إذا عطلها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق .

وقال الحنابلة[5] : يجب على الزوج أن يطأ الزوجة في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر؛ لأنه لولم يكن واجباً لم يصر باليمين (أي يمين الإيلاء) على تركه واجباً كسائر ما لا يجب ، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما ، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة من المرأة ، كإفضائه إلى دفعه عن الرجل ، فيكون الوطء حقاً لهما جميعاً ، ولأنه

---

(١) البدائع : ٣٣١/٢ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢١١ .

(٣) المهذب : ٦٦/٢ ، تكملة المجموع : ٥٦٨/١٥ .

(٤) رواه أبو داود الطيالسي عن ابن عمرو ، والبزار عن ابن عباس ، وفيه ضعيف ، ووثقه بعضهم .

(٥) كشاف القناع : ٢١٤/٥ .

لولم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل . فإن أبى الرجل الوطء بعد انقضاء الأربعة الأشهر، أو أبى البيتوتة في ليلة من أربع ليال للحرة، حتى مضت الأربعة الأشهر بلا عذر لأحدهما، فرّق بينهما بطلبها، كمن حلف يمين الإيلاء، وكما لو منع النفقة وتعذرت عليها من قبله، ولو كان ذلك قبل الدخول بالمرأة .

والخلاصة : أن الجمهور يوجبون الوطء على الرجل وإعفاف المرأة، والشافعية لا يوجبونه إلا مرة واحدة، والرأي الأول أرجح .

العزل : وهو الإنزال خارج الفرج بعد النزع منه، لا مطلقاً . ومن المعاشرة الطيبة : ألا يعزل عن امرأته الحرة بغير إذنها، فيكره العزل بالاتفاق بغير رضاها ؛ لأن الوطء عن إنزال سبب لحصول الولد، ولها في الولد حق، وبالعزل يفوت الولد[1] .

ودليل جواز العزل قول جابر : « كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ والقرآن ينزل »[2] ولمسلم : « كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ، فبلغه ذلك، فلم ينهنا » .

ودليل كراهية العزل : حديث جُذَامة بنت وهب الأسدية بلفظ : « حضرت رسول الله ﷺ في أناس، وهو يقول : لقد هممت أن أنهى عن الغيلة، فنظرت في الروم وفارس، فإذا هم يغيلون أولادهم، فلا يضر أولادهم شيئاً، ثم سألوه عن العزل، فقال : ذلك الوأد الخفي، وهي : وإذا الموءودة سئلت »[3] .

وقال متأخرو الحنفية[4] : يجوز العزل بغير إذن المرأة لعذر، كأن يكون في سفر

---

(١) البدائع : ٢/٢٣٤، الدر المختار : ٢/٥٢١ وما بعدها، القوانين الفقهية : ص ٢١٢، المهذب : ٢/٦٦، تكملة المجموع : ١٥/٥٧٨، كشاف القناع، المكان السابق .

(٢) متفق عليه عن جابر (نيل الأوطار : ٦/١٩٥) .

(٣) رواه أحمد ومسلم، والمراد بالغيلة : أن يجامع امرأته وهي مرضع وقال ابن السكيت : هي أن ترضع المرأة وهي حامل، وذلك لما يحصل على الرضيع من الضرر بالحبل حال إرضاعه (نيل الأوطار : ٦/١٩٦) .

(٤) الدر المختار ورد المحتار : ٢/٥٢٢ .

بعيـد ، أو في دار الحرب ، فخـاف على الولـد ، أو كانت الزوجـة سيئـة الخلق ويريـد فراقها ، فخاف أن تحبل .

الإسقاط : وقالوا أيضـاً : يبـاح إسقـاط الولـد قبل أربعـة أشهر، ولو بلا إذن الزوج .

وقال المـالكيـة[1] : إذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض لـه ، وأشـد من ذلـك إذا تخلق ، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح ، فإنه قتل نفس إجماعاً .

هذا ... وقد نصت المـادة ٤٩ من القـانون السوري على أحكام الزواج الصحيح : «الزواج الصحيح النافـذ تترتب عليـه جميع آثـاره من الحقوق الزوجيـة كالمهر ونفقـة الزوجـة ووجوب المتـابعـة وتـوارث الـزوجين ، ومن حقـوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة» .

حكم الزواج غير اللازم :

حكم الزواج غير اللازم مثل حكم الزواج اللازم إلا أنه يثبت فيـه الحق للزوج أو الزوجة بالفسخ ، ويكون الزواج قابلاً للفسخ .

حكم الزواج الموقوف :

الزواج الموقوف مع كونـه صحيحـاً لا يترتب عليـه أي أثر من آثـار الزواج قبل إجازته ممن له حق الإجازة ، فلا يحل فيه الدخول بالزوجـة ، ولا تجب فيـه نفقـة ولا طـاعـة ، ولا يثبت بـه حق التوارث بموت أحـد الـزوجين . فـإن أجيز صـار نـافـذاً وترتبت عليـه أحكام الزواج اللازم ، عملاً بـالقـاعـدة الفقهيـة : «الإجـازة الـلاحقـة كالوكالة السابقة» . ومثاله نكاح الفضولي : الدي يعقد لغيره من غير ولا ية تامة عليـه

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢١٢ .

ولا وكالة عنه . ومثل تزوج الصغير والصغيرة المميزين بدون إذن الولي . وقال محمد : تزوج العاقلة بنفسها أو بوكيلها من غير إذن وليها يكون موقوفاً .

وإن حصل دخول قبل الإجازة ، كان معصية ، ولكن تترتب عليه عند الحنفية آثار الزواج الفاسد الآتية ، فيسقط الحد و يثبت النسب ، ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل ، لكن لا عدة في زواج موقوف قبل الإجازة ، ولا في باطل . وقد نص القانون السوري (م ٥٢) على أحكام هذا النوع : «الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد» .

حكم الزواج الفاسد وأنواعه عند الحنفية[1] :

الزواج الفاسد عند الحنفية : هو ما فقد شرطاً من شروط الصحة ، وأنواعه هي : الزواج بغير شهود ، والزواج المؤقت ، وجمع خمس في عقد ، والجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها ، وزواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة ، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل : فاسد عند أبي حنيفة ، وباطل عند الصاحبين ، وهو الراجح .

وليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول ، فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية ، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة ، ولا يجب فيه للمرأة مهر ولا نفقة ، ولا تجب فيه العدة ، ولا تثبت به حرمة المصاهرة ، ولا يثبت به النسب ، ولا التوارث .

ويجب على الزوجين أن يتفرقا بأنفسهما ، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما ، ويجوز فيه رفع دعوى الحسبة لإزالة المنكر ، من غير أن يكون للمدعي مصلحة شخصية ، ويثبت لكل واحد منهما فسخه ، ولو بغير حضور صاحبه ، دخل بها أو لا في الأصح ، خروجاً عن المعصية ، وهذا لا ينافي وجوب التفريق بينهما من قبل القاضي .

(١) البدائع : ٣٣٥/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤٨١/٢ ـ ٤٨٤ ، ٨٣٥ ، مختصر الطحاوي : ص ١٧٤ .

وإذا حصل دخول بالمرأة، كان الدخول معصية، ووجب التفريق بينهما، ولكن لا يقام عليهما حد الزنا، وإنما يعزرهما القاضي بما يراه زاجراً لهما، لوجود شبهة العقد، والحدود تدرأ بالشبهات. لكن يجب الحد في الدخول بالمحارم عند الصاحبين، ورأيهما هو الراجح؛ لأن التزوج في كل وطء حرام على التأبيد لا يوجب شبهة، وما ليس بحرام على التأبيد كالمحرم بالصهرية كالأخت والعمة والنكاح بغير شهود، يكون العقد فيه شبهة. ولكن لو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد، ولو دخلته شبهة.

وكذلك يجب الحد بالدخول في نكاح منكوحة الغير ومعتدته، مع العلم بالحرمة، لكونه زنا.

وبالرغم من كون الدخول في الزواج الفاسد معصية، فإنه عند الحنفية تترتب عليه ـ أي بالوطء في القبل لا بغيره كالخلوة ـ[1] الأحكام التالية:

١ ـ وجوب المهر: يجب فيه ولو تكرر الوطء عند جمهور الحنفية ما عدا زفر الأقل من مهر المثل ومن المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى في العقد، وجب مهر المثل مهما بلغ، لفساد التسمية. ووجوب المهر في الزواج الفاسد وإن كان في الأصل لا يجب لأنه ليس بنكاح حقيقة، إلا أنه قد وجب بسبب الدخول، والقاعدة الفقهية: «كل وطء (وقاع) في دار الإسلام، لا يخلو عن عَقْر أي حد، أو عُقْر أي مهر» وبما أن الحد قد انتفى لشبهة العقد، فيكون الواجب هو المهر.

وكون المهر لا يزيد عن المسمى فلأن المرأة رضيت بذلك القدر، والعاقدان لم يقوّما المنافع بأكثر من المسمى، فلا تتقوم بأكثر من المسمى. وكون الواجب هو الأقل من المهرين فلأن الأصل وجوب مهر المثل بسبب فساد العقد، ويجب فيه عند زفر مهر المثل بالغاً ما بلغ.

---

(١) عبارة مشايخ الحنفية: الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح.

٢ ـ ثبوت نسب الولد من الرجل إن وجد، احتياطاً لإحياء الولد وعدم ضياعه.

٣ ـ وجوب العدة على المرأة من حين التفريق بينهما عند جمهور الحنفية وهو الصواب في المذهب؛ لأن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش، والفراش لا يزول قبل التفريق. وعليه تجب العدة بعد الوطء لا الخلوة، للطلاق لا للموت من وقت التفريق أو متاركة الزوج وإن لم تعلم الزوجة بالمتاركة في الأصح.

وقال زفر: يبدأ وقت وجوب العدة من آخر وطء وطئها؛ لأن العدة تجب بالوطء، وتطلب لمعرفة استبراء الرحم، والحمل يكون بالوطء. ولا عدة في نكاح المحارم ومنكوحة الغير ومعتدته، إن علم أنها للغير؛ لأنه لم يقل أحد بجوازه، فلم ينعقد أصلاً، كما أن نكاح المحارم باطل على الأظهر.

٤ ـ ثبوت حرمة المصاهرة: فيحرم على الرجل الزواج بأصول المرأة وفروعها، وتحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه.

ولا تترتب على الزواج الفاسد أحكام أخرى، فلا تجب به نفقة ولا طاعة، ولا يثبت به حق التوارث بين الرجل والمرأة.

وقد نص القانون السوري (م ٥١) على أحكام الزواج الفاسد:

١ ـ الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل.

٢ ـ ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية: أ ـ المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى. ب ـ نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادة ١٣٣ من هذا القانون. جـ ـ حرمة المصاهرة. د ـ عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج، ونفقة العدة دون التوارث بين الزوجين.

٣ ـ تستحق الزوجة النفقة الزوجية مادامت جاهلة فساد النكاح.

حكم الزواج الباطل وأنواعه :

١ـ حكم الزواج الباطل عند الحنفية :

الزواج الباطل عند الحنفية : هو ـ كما بينا ـ الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده ، كزواج الصبي غير المميز والزواج بصيغة تدل على المستقبل ، والزواج بالمحارم كالأخت والعمة على الرأي الراجح ، والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم بأنها متزوجة ، وزواج المسلمة بغير المسلم ، وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية والوثنية ، ونحوهما .

وحكم الزواج الباطل : أنه لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة ، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ، ولا يثبت به توارث ولا مصاهرة ، ويجب عدم التمكين من الدخول بينهما ، فإن دخلا فرَّق القاضي بينهما جبراً ، ولا عدة فيه بعد التفريق كالموقوف قبل إجازته .

وقد نص القانون السوري (م ٤٨ / ٢) على ما يلي : زواج المسلمة بغير المسلم باطل ، ونصت المادة (٥٠) على أحكام الزواج الباطل : الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ، ولو حصل فيه دخول .

٢ـ حكم الزواج الباطل وأنواعه عند المالكية :

الباطل والفاسد بمعنى واحد عند الجمهور غير الحنفية ، فالزواج الباطل أو الفاسد عند المالكية : هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته ، وهو ينقسم إلى نوعين :

أـ زواج اتفق الفقهاء على فساده : كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة .

ب ـ وزواج اختلف الفقهاء في فساده : وهو ما يكون فاسداً عند المالكية

وصحيحاً عند بعض الفقهاء بشرط أن يكون الخلاف قوياً، كزواج المريض فإنه لا يجوز، على المشهور عند مالك.

فإن كان الخلاف ضعيفاً كزواج المتعة، وزواج المرأة الخامسة، كان من المجمع على فساده.

وللزواج الفاسد أو الباطل أحكام هي ما يأتي[1]:

١ ـ التحريم ووجوب فسخه في الحال: رفعاً للمعصية، فإن تم الفسخ فليس للمرأة شيء، سواء أكان العقد متفقاً على فساده أم مختلفاً في فساده؛ لأن القاعدة الكلية تقول: «كل نكاح فسخ قبل الدخول، فلا شيء فيه، كان متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه، كان الفساد لعقده أو لصداقه أو لهما» فليس الفسخ قبل الدخول مثل الطلاق قبل الدخول في الزواج الصحيح. فلا شيء من الصداق بالفسخ قبل الدخول، إلا في نكاح الدرهمين، أو ما قل عن الصداق الشرعي إذا امتنع الزوج من إتمامه، ففسخ قبل الدخول، ففيه نصفها على قول، وإلا في حال ادعاء الزوج الرضاع مع المرأة، ولم يدخل بها، ففسخ لإقراره بالرضاع، فيلزمه نصف المسمى، لاتهامه أنه قصد فراقها بلا شيء.

فإن دخل الرجل بالمرأة فهل يفسخ العقد أم لا؟ العقد الفاسد بالنسبة لاستحقاق الفسخ بعد الدخول ثلاثة أنواع:

أ ـ نوع يجب فسخه أبداً وإن طال الزمان بعد الدخول: وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في الصيغة أو في العاقدين أو في محل العقد، كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة، وزواج المتعة، والزواج بأكثر من أربع زوجات،

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٠٤ ـ ٢١١، بداية المجتهد: ٣١/٢ ـ ٤٩، ٥٧ ـ ٥٩، الشرح الكبير: ٢٣٦/٢ ـ ٢٤١، الشرح الصغير: ٣٨٢/٢ ـ ٣٩١.

والزواج بغير ولي أو بغير شهود، وزواج مريض الموت، فنكاح المريض لا يجوز في المشهور عن مالك، ويفسخ وإن صح.

ب- ونوع لا يجب فسخه بل يبقى: وهو ما كان الفساد فيه بسبب فساد الصداق، كالزواج بدون صداق، أو بصداق مجهول، أو كان الفساد بسبب اقتران العقد بشرط يناقض المقصود من الزواج، مثل الزواج بشرط ألا يعاشرها ليلاً أو نهاراً، أو ألا ينفق عليها، أو ألا يقسم لها مع زوجته الثانية.

جـ- ونوع يجب فسخه إن لم يطل الزمان بعد الدخول، ولا يفسخ إن طال الزمن، وهو محصور في ثلاثة عقود هي:

زواج الصغيرة اليتيمة إذا زوّجت مع فقد شرط من شروطها، وزواج الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص، وزواج السر[1]، لكن الطول في اليتيمة والشريفة يكون بمرور ثلاث سنوات فأكثر أو ولادة ولدين في بطنين، والطول في زواج السر يكون بحسب العرف: وهو ما يحصل فيه الاشتهار والظهور بين الخاص والعام عادة.

والفسخ قبل الدخول أو بعده طلاق، فإن أعاد العقد بعده صحيحاً بقي له طلقتان فقط، وإن أعاده صحيحاً قبله، استمر على ما هو عليه.

٢- وجوب المهر بالدخول، لا بمجرد الخلوة: سواء أكان متفقاً على فساده، أم مختلفاً في فساده.

والمهر المستحق: هو المسمى إن كان مسمى، أو مهر المثل إن لم يسم تسمية صحيحة، أو كان الفساد بسبب شرط يناقض المقصود من الزواج.

---

(١) وهو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة، ولو أهل منزل، إذا لم يكن الكتم خوفاً من ظالم أو نحوه.

٣ـ ثبوت النسب للولد بأبيه إن كان العقد مختلفاً في فساده، وكذا إن كان متفقاً على فساده، ولم يعتبر الوطء زنا، إذا لم يكن الرجل عالماً بالحرمة. فإن كان عالماً بالحرمة اعتبر زنا ووجب الحد، ولا يثبت النسب.

وعليه يندرئ الحد عن الواطئ في نكاح المعتدة، وذات الرحم المحرم والرضاع إن كان غير عالم بالحرمة، فإن علم بأنها ذات محرم أو ذات رضاع أو أنها معتدة أو أنها خامسة، حُدَّ، إلا المعتدة أي العالم بأنها معتدة، ففي حده قولان.

ولا حد في الوطء بناء على عقد اختلف فيه العلماء، كنكاح المحرم بحج أو عمرة، والشغار، وتزويج المرأة نفسها بدون ولي.

٤ـ ثبوت الإرث بين الرجل والمرأة في حال الفساد المختلف فيه: فلو مات أحدهما قبل فسخ العقد ورثه الآخر، دخل الرجل بالمرأة أو لم يدخل، وذلك إلا زواج المريض مرض الموت، فإنه لا يجوز عند المالكية خلافاً للجمهور فإنه صحيح؛ لأن سبب فساده هو إدخال وارث في التركة لم يكن موجوداً عند المرض، فلو ثبت به الإرث، لفات الغرض الذي من أجله حكم بفساد العقد.

ولا يثبت حق التوارث في حالة الفساد المتفق عليه؛ لأنه زواج غير منعقد أصلاً.

٥ـ ثبوت حرمة المصاهرة[1] بالدخول (الوطء)[2] أو مقدماته، إذا كان العقد مختلفاً في فساده. وكذلك تثبت بها إذا كان العقد متفقاً على فساده، بشرط ألا يعتبر الوطء زنا موجباً للحد، فإن اعتبر زنا موجباً للحد لا تثبت به حرمة المصاهرة به على المعتمد.

---

(١) وهي تحريم المرأة على أصول الرجل وفروعه، وتحريم أصول المرأة وفروعها على الرجل.

(٢) المراد بالوطء: ما يشمل إرخاء الستور، ولو تقارروا على عدم الوطء، ومثل الوطء مقدماته.

وكذلك مجرد العقد الفاسد المختلف فيـه يحرم المرأة على أصول الرجل وفروعـه، ويحرم على الرجل أصولها؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات، ولا يحرم عليه فروعها؛ لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات، فإذا دخل بالأم حرمت البنت أيضاً.

٦ ـ وجوب العدة إذا دخل الرجل بالمرأة أو اختلى بها خلوة يتمكن فيها من الاتصال الجنسي، ثم فسخ العقد، سواء أكان العقد متفقاً على فساده أم مختلفاً فيه. وتبدأ العدة من وقت الفرقة بينهما بعد الفسخ.

أنواع الأنكحة الفاسدة المختلف فيها:

هناك أنكحة فاسدة أربعة، ورد النهي فيها صراحة، وهي نكاح الشغار، ونكاح المتعة، والخطبة على خطبة أخيه، ونكاح المحلّل[١].

أما نكاح الشغار: فهو أن يُنكح الرجل موليته: بنته أو أخته، على أن ينكحه الآخر موليته، ولا صداق بينهما إلا بُضْع هذه ببضع الأخرى. اتفق العلماء على معناه هذا، وعلى أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه، لخلوه عن المهر. واختلفوا إذا وقع، هل يصحح بمهر المثل أم لا؟

فقال مالك والشافعي وأحمد: لا يصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده، لما روى ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار»[٢]، والشغار: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته، وليس بينهما صداق.

وقال أبو حنيفة: يصح نكاح الشغار بفرض صداق المثل. أما النهي عنه في

---

(١) بداية المجتهد: ٥٧/٢ وما بعدها، الدر المختار: ٤٥٧/٢ وما بعدها، الشرح الكبير: ٢٣٩/٢، الشرح الصغير: ٤٤٦/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٠٤، المهذب: ٤٦/٢، مغني المحتاج: ١٤٢/٣، المغني: ٦٤١/٦ ـ ٦٤٨، اللباب: ٢٠/٣، مختصر الطحاوي: ص ١٨١.

(٢) رواه الجماعة عن نافع عن ابن عمر (نيل الأوطار: ١٤٠/٦).

السنة فمحمول على الكراهة، والكراهة لا توجب فساد العقد، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين: الكراهة ومهر المثل.

ومنشأ الخلاف: هل النهي عن الشغار معلل بعدم العوض أم غير معلل؟ فإن قلنا: غير معلل، لزم الفسخ على الإطلاق. وإن قلنا: العلة عدم الصداق، صح بفرض صداق المثل، مثل العقد على خمر أو خنزير.

والخلاصة: أن نكاح الشغار باطل عند الجمهور، صحيح مكروه تحريماً عند الحنفية، فإن وقع فسخ النكاح عند الجمهور قبل الدخول وبعده، على المشهور عند المالكية، ويدفع الرجل لمن دخل بها مهر المثل، وتقع به حرمة المصاهرة، والوراثة، وإن وقع جاز عند الحنفية بمهر المثل.

وأما نكاح المتعة (وهو أن يقول لامرأة: أتمتع بك لمدة كذا) والنكاح المؤقت (وهو أن يتزوج امرأة عشرة أيام مثلاً) فهو باطل، أما الأول فبالإجماع ما عدا الشيعة عملاً برأي ابن عباس وجماعة من الصحابة والتابعين، وأما الثاني فبطلانه عند الجمهور؛ لأنه أتى بمعنى المتعة، والعبرة في العقود للمعاني، وأجازه زفر والشيعة، وقول زفر: هو أنه صحيح لازم؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة. وقد سبق تفصيل الكلام فيه.

وأما الخطبة على خطبة الغير: فعند الجمهور يعد الزواج حينئذ صحيحاً، ولا يفرق بين الزوجين؛ لأن النهي ليس متوجهاً إلى نفس العقد، بل إلى أمر خارج عن حقيقته، فلا يقتضي بطلان العقد، كالتوضؤ بماء مغصوب، وعند مالك على المعتمد: يجب الفسخ قبل الدخول بطلقة بائنة.

وأما نكاح المحلّل: (وهو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الذي طلقها) فهو حرام باطل مفسوخ، لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»[1].

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وهو نكاح صحيح عند أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن العقد في الظاهر قد استكمل أركانه وشروطه الشرعية .

وسبب اختلافهم : اختلافهم في مفهوم الحديث السابق « لعن الله المحلل » فمن فهم من اللعن : التأثيم فقط ، قال : النكاح صحيح . ومن فهم من التأثيم فساد العقد ، تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه ، قال : النكاح فاسد .

أنواع الأنكحة الباطلة عند الشافعية :

الباطل : ما اختل ركنه ، والفاسد : ما اختل شرطه ، وطرأ له الفساد بعد انعقاده ، وحكمها عند الشافعية واحد غالباً ، وهو أنه لا يترتب على واحد منهما أي أثر من آثار الزواج الصحيح ، فلا مهر ولا نفقة ولا حرمة مصاهرة ولا نسب ولا عدة . والأنكحة الباطلة للنهي عنها كثيرة ، أهمها تسعة[1] :

١ـ نكاح الشغار : كأن يقول : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، وبُضْع[2] كلٍ منهما صداق الأخرى ، وإن سميا مع ذلك مهراً في الأصح لوجود التشريك المذكور ، فإن لم يجعلا البضع مهراً بأن سكتا عنه ، صح في الأصح لعدم التشريك المذكور ، ولكل واحدة مهر المثل . وبطلانه للنهي عنه في حديث ابن عمر السابق وغيره ، مثل « لا شغار في الإسلام »[3] والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

٢ـ نكاح المتعة : وهو النكاح إلى أجل . وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد ؛ لأنه عقد يبطله التوقيت ، فبطل بالخيار كالبيع .

---

(١) حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لزكريا الأنصاري : ٢/٢٣٣ ـ ٢٤٨ ، مغني المحتاج : ٣/١٤٢ ، المهذب : ٢/٤٦ ـ ٤٧ .

(٢) البضع يطلق على عقد النكاح والجماع معاً ، وعلى الفرج (النهاية لابن الأثير : ١/١٣٣) .

(٣) رواه مسلم عن ابن عمر ، وروى أحمد ومسلم حديثاً آخر عن أبي هريرة « نهى رسول الله ﷺ عن الشغار (نيل الأوطار : ٦/١٤٠) .

٣ً- نكاح المُحْرِم : فلا يصح النكاح في إحرام أحد العاقدين أو الزوجة ، بحج أو عمرة ، أو بهما ، أو مطلقاً صحيحاً أو فاسداً ، وإن عقده الإمام ، أو كان بين التحللين ، للخبر السابق : « لا يَنكح المحرم ولا يُنكح » .

لكن يجوز في الإحرام الرجعة والشهادة على الزواج ؛ لأن الرجعة استدامة لا ابتداء عقد ، ولأن ارتباط النكاح بالشهادة ارتباط توثق ، وارتباطه بغيرها من الولاية ، وكونه عاقداً أو معقوداً عليه ارتباط مباشرة .

٤ً- تعدد الأزواج : وهو إنكاح وليين امرأة زوجين ، ولم يعرف سبق أحدهما معيناً . فإن دخل بها أحدهما لزمه مهر مثلها ، وإن دخلا بها فلها على كل منهما مهر مثلها . فإن عرف عين السابق فهو الصحيح .

٥ً- نكاح المعتدة والمستبرأة من غيره ولو من وطء شبهة ، فإن دخل بها حُدّ حَد الزنا ، إلا إن ادعى الجهل بحرمة النكاح في العدة والاستبراء من غيره ، فلا حد عليه . ويعذر الجاهل إن كان قريب عهد بالإسلام أو نشأ بعيداً عن العلماء .

٦- نكاح المرتابة بالحمل قبل انقضاء عدتها : يحرم نكاحها حتى تزول الريبة ، وإن انقضت الأقراء (الأطهار) ، للتردد في انقضاء عدتها . فلو نكحها رجل أو من ظنها معتدة أو مستبرأة ، أو مُحْرِمة بحج أو عمرة ، أو مَحْرَماً ، ثم بان خلافه ، فالنكاح باطل ، للتردد في الحل .

٧- نكاح المسلم كافرة غير كتابية أصلاً كوثنية ومجوسية وعابدة شمس أو قمر ، ومرتدة ، أو غير كتابية خالصة كمتولدة بين كتابي ومجوسية وعكسه ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ وتغليباً للتحريم في المتولدة بين كتابي ومجوسية .

أما الكتابية : فإن كانت إسرائيلية ، حل زواجها إن لم تدخل أصولها في اليهودية بعد نسخها ، أو شك في ذلك .

وإن كانت غير إسرائيلية وهي النصرانية، حل زواجها إن علم دخول أصولها في دين النصرانية قبل نسخه، ولو بعد تبديله إن تجنبوا المبدَّل.

ودليل إباحة الزواج باليهودية والنصرانية بالشرط المذكور قوله تعالى: ﴿ والمحصَنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ أي حِلّ لكم، والمراد من الكتاب: التوراة والإنجيل دون سائر الكتب قبلها كصحف شيث وإدريس وإبراهيم عليهم الصلاة والسلام.

٨ـ المنتقلة من دين إلى آخر: لا يحل نكاحها، ولا يقبل منها إلا الإسلام.

٩ـ زواج المسلمة بكافر، وزواج المرتدة: فلا تحل مسلمة لكافر بالإجماع، لقوله تعالى: ﴿ ولا تُنكحوا المشركين ﴾ ولا تحل مرتدة لأحد، لا لمسلم؛ لأنها كافرة لا تقر على ردتها، ولا لكافر لبقاء تعلق الإسلام بها.

فإن ارتد أحد الزوجين أو كلاهما قبل الدخول، بطل النكاح، وإن كان بعد الدخول ينتظر: فإن جمعهما الإسلام في العدة دام النكاح، وإن لم يجمعهما الإسلام في العدة، فلا يدوم النكاح.

هذا وهناك أنكحة مكروهة مثل النكاح بعد الخطبة على الخطبة، ونكاح المحلل بنية التحليل دون الاشتراط في العقد، فإن تزوجها بشرط أنه إذا وطئها طلقها، بطل النكاح، ومثل نكاح المغرر بحرية المرأة أو نسبها.

أنواع النكاح الفاسد عند الحنابلة:

الزواج الفاسد نوعان[1]:

النوع الأول ـ يبطل النكاح من أصله، وهو أربعة عقود:

١ ـ نكاح الشغار: وهو أن يزوجه وليَّته، على أن يزوجه الآخر وليته، ولا مهر

---

(١) غاية المنتهى: ٤٢/٣، المغني: ٤٥٥/٦ وما بعدها.

بينهما، أو يجعل بُضْع كل واحدة مع دراهم معلومة مهراً للأخرى. فإن سموا مهراً مستقلاً ولو قل صح، وإن سمي لأحدهما صح نكاحها فقط.

٢ ـ نكاح المحلل: وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها، أو فلا نكاح بينهما، أو ينويه الزوج، أو يتفقا عليه قبله، فيحرم النكاح، ولا يصح ولا تحل لزوجها الأول.

٣ ـ نكاح المتعة: وهو أن يتزوجها إلى مدة، أو يشترط طلاقها فيه بوقت، أو ينويه بقلبه، أو يتزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج، أو يقول: أمتعيني نفسك، فتقول: أمتعتك بلا ولي ولا شهود. فمن تعاطى ما مر، عزر ولحقه النسب.

٤ ـ النكاح المعلَّق: كزوجتك إذا جاء رأس الشهر، أو إن رضيت أمها، أو إن وضعت زوجتي بنتاً فقد زوجتكها. ويصح بقوله: زوجتكها إن كانت بنتي، أو كنت وليها، أو إن انقضت عدتها، وهما يعلمان ذلك، أو شئت، فقال: شئت، وقبلت مثل زوجت، وقبلت إن شاء الله تعالى.

ومن الأنكحة الباطلة: نكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة، أو شبهه، فإذا علم الزوجان التحريم، فهما زانيان، وعليهما الحد، ولا يلحق النسب به.

وأما الزواج الفاسد المختلف في إباحته كالنكاح بغير شهود أو بغير ولي، فلا يجب به الحد، سواء اعتقد حله أم حرمته؛ لأنه مختلف في إباحته، ولأن الحد يدرأ بالشبهات، والاختلاف فيه أقوى الشبهات.

النوع الثاني ـ يصح النكاح دون الشرط:

كما إذا شرط ألا مهر أو لا نفقة، أو أن يقسم لها أكثر من ضرتها أو أقل، أو إن شرط كلاهما أو أحدهما عدم وطء أو دواعيه، أو أن تعطيه شيئاً أو أن تنفق عليه، أو إن فارق رجع بما أنفق، أو شرط كلاهما أو أحدهما خياراً في عقد أو مهر، أو إن جاء

بالمهر في وقت كـذا ، وإلا فلا نكاح بينهما ، أو أن يسـافر بهـا ، أو أن تستـدعيـه لوطء عند إرادتها ، أو ألا تسلم نفسها إلى مدة كذا ، أو لا يكون عندها في الجمعـة إلا ليلـة ، أو أن يعزل عنها ، أو يسكن بها حيث شاءت أو شاء أبوها ونحوه .

وإن شرطها مسلمة ، فبانت كتابية ، أو شرط بكراً أو جميلـة أو نسيبـة ، أو شرط نفي عيب لا يفسخ به النكاح ، فبانت بخلافه ، فله الخيار ، ويرجع بعـد الـدخول على من غرّه (الغار) .

وإن شرط صفة ، فبانت أعلى ككتابية ، فبانت مسلمة ، فلا خيار .

المبحث الخامس ـ مندوبات عقد الزواج أو ما يستحب له :

يستحب للزواج ما يأتي[1] :

١ ـ أن **يخطب الزوج قبل العقد** عند التماس التزويج خُطبة[2] مبدوءة بالحمـد لله والشهادتين ، والصلاة على رسول الله ﷺ ، مشتملة على آية فيها أمر بالتقوى وذكر المقصود ، عملاً بخطبـة ابن مسعود ، قـال : « علمنـا رسول الله ﷺ التشهـد في الصلاة ، وخطبة الحاجة : « الحمد لله نحمـده ، ونستعينـه ، ونعوذ بـالله من شرور أنفسنـا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إلـه إلا الله ، وأن محمداً عبده ورسوله » ويقرأ ثلاث آيات ، فسرها سفيان الثوري :

﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ، ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ﴾ .

﴿ يا أيها النـاس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منهـا زوجهـا ،

---

(١) الشرح الصغير : ٣٣٨/٢ وما بعدها ، ٤٩٩ ـ ٥٠٣ ، مغني المحتاج : ١٣٧/٣ ، المهذب : ٤١/٢ ، ٦٣ ـ ٦٥ ، المغني : ٥٣٦/٦وما بعدها ، كشاف القناع : ٢٠/٥ وما بعدها ، تكلمة المجموع : ٥٤٨/١٥ ـ ٥٥٩ ، غاية المنتهى : ٧٦/٣ .

(٢) الخُطبة : هي الكلام المفتتح بحمد الله والصلاة على رسول الله ﷺ المختتم بالوصية والـدعـاء ، لخبر : « كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر » .

وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام، إن الله كان عليكم رقيباً».

﴿ ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله، وقولوا قولاً سديداً، يصلح لكم أعمالكم ... ﴾ الآية[1].

ثم يقول: وبعد: فإن الله أمر بالنكاح، ونهى عن السفاح، فقال مخبراً وآمراً: ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم .. ﴾ الآية.

ويجزئ عن ذلك أن يتشهد ويصلي على النبي ﷺ، لما روي عن ابن عمر أنه كان إذا دعي ليزوج قال: الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد، إن فلاناً يخطب إليكم فلانة، فإن أنكحتموه فالحمد لله، وإن رددتموه فسبحان الله».

والمستحب خطبة واحدة، لما تقدم، لا خطبتان اثنتان: إحداهما من العاقد، والأخرى من الزوج قبل قبوله؛ لأن المنقول عنه ﷺ وعن السلف خطبة واحدة، وهو أولى ما اتبع.

ويبين الزوج قصده بنحو: قد قصدنا الانضمام إليكم ومصاهرتكم والدخول في خدمتكم ونحوه، ويقول الولي: قد قبلناك ورضينا أن تكون منا وفينا، وما في معناه.

فإن عقد الزواج من غير خطبة جاز، فالخطبة مستحبة غير واجبة، لما روى سهل بن سعد الساعدي أن النبي ﷺ قال للذي خطب الواهبة نفسها للنبي ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن»[2] ولم يذكر خطبة، وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بني سليم قال: «خطبت إلى النبي ﷺ أمامة بنت عبد المطلب، فأنكحني

---

(١) رواه الترمذي وصححه وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي.

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين: البخاري ومسلم.

من غير أن يتشهد» ولأن الزواج عقد معاوضة، فلم تجب فيه خطبة كالبيع.

٢ - أن يدعى للزوجين بعد العقد، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان إذا رفأ الإنسان إذا تزوج قال: بارك الله لك، وبارك عليك، وجمع بينكما في خير[1]. وأن يهنأ الزوجان بنحو: مبارك إن شاء الله، ويوم مبارك ونحو ذلك.

٣ - أن يعقد النكاح يوم الجمعة مساء، لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «أمسوا بالمِلاَك، فإنه أعظم للبركة»[2]، ولأن الجمعة يوم شريف ويوم عيد، والبركة في النكاح مطلوبة، فاستحب له أشرف الأيام طلباً للبركة، والإمساء به؛ لأن في آخر النهار من يوم الجمعة ساعة الإجابة.

٤ - إعلان الزواج والضرب فيه بالدف، لقوله ﷺ: «أعلنوا النكاح»[3] وفي رواية الترمذي عن عائشة: «أعلنوا النكاح، واضربوا عليه بالغِرْبال» أي بالدف، وعند النسائي: «فصل ما بين الحلال والحرام: الصوت والدف في النكاح».

ولا بأس بالغناء المباح أو الغزل البريء غير المخصص في العرس، لما روى ابن ماجه عن عائشة: أنها زوجت يتيمة رجلاً من الأنصار، وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها، قالت، فلما رجعنا، قال لنا رسول الله ﷺ: «ما قلتم يا عائشة؟ قالت: سلّمنا ودعونا بالبركة، ثم انصرفنا، فقال: إن الأنصار قوم فيهم غَزَل، ألا قلتم يا عائشة: أتيناكم أتيناكم، فحيانا وحياكم؟».

والمالكية الذين لم يشترطوا الإشهاد عند العقد، قالوا: يندب الإشهاد عند العقد، للخروج من الخلاف، إذ كثير من الأئمة لا يرى صحته إلا بالشهادة حال

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وصححه وحسنه وابن ماجه.

(٢) رواه أبو حفص. والأصح لغة: الإملاك أي التزويج، وليس المِلاك، يقال: أملكنا فلاناً فلانة، أي زوجناه إياها.

(٣) رواه أحمد وصححه الحاكم عن عامر بن عبد الله بن الزبير. وأما حديث عائشة عند الترمذي ففيه ضعيف (سبل السلام: ١١٦/٣).

العقد، وهم يرون وقوعه صحيحاً في نفسه، وإن لم تحصل الشهادة حال العقد كالبيع، ولكن لا تتقرر صحته، ولا تترتب ثمرته من حل التمتع إلا بحصولها قبل البناء، فجاز أن يعقد فيهما سراً، ثم يخبرا به عدلين، كأن يقولا لهما: قد حصل منا العقد، فلان على فلانة. أو أن الولي يخبر عدلين، والزوج يخبر عدلين غيرهما، ولا يكفي أن يخبر أحدهما عدلاً، والثاني عدلاً غيره؛ لأنهما حينئذ بمنزلة الواحد.

٥ ـ ذكر الصداق أي تسميته عند العقد، لما فيه من اطمئنان النفس، ودفع توهم الاختلاف في المستقبل، وندب أيضاً كون المهر حالاً، بلا تأجيل لبعضه.

٦ ـ الوليمة (وهي طعام العرس أو كل طعام صنع لدعوة وغيرها): وهي سنة مستحبة مؤكدة عند جماهير العلماء وهو مشهور مذهبي المالكية والحنابلة، ورأي بعض الشافعية؛ لأنه طعام لحادث سرور، فلم تجب كسائر الولائم.

وفي قول مالك، والمنصوص في الأم للشافعي ورأي الظاهرية: أن الوليمة واجبة، لقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: «أولم ولو بشاة»[1] وظاهر الأمر الوجوب.

وقد اختلف السلف في وقت الوليمة، هل هو عند العقد، أو عقبه، أو عند الدخول أو عقبه أو من ابتداء العقد إلى انتهاء الدخول؟

قال النووي: اختلفوا، فحكى القاضي عياض أن الأصح عند المالكية استحبابها بعد الدخول، وعن جماعة منهم: عند العقد، وعند ابن جندب: عند العقد وبعد الدخول. قال السبكي: والمنقول من فعل النبي ﷺ أنها بعد الدخول. وفي حديث أنس عند البخاري وغيره التصريح بأنها بعد الدخول لقوله: أصبح عروساً بزينب، فدعا القوم[2]. وهذا هو المعتمد عند المالكية. وقال الحنابلة: تسن بعقد، وجرت العادة بفعلها قبل الدخول بيسير.

---

(١) متفق عليه عن أنس (نيل الأوطار: ١٧٥/٦).

(٢) نيل الأوطار: ١٧٦/٦.

وأما **النُّثار** (ما ينثر من السكر واللوز والجوز في النكاح أو غيره) فيكره عند الشافعي والمالكية؛ لأن التقاطه دناءة وسخف، ولأنه يأخذه قوم دون قوم، وتركه أحب.

وأما الإجابة: فتسن عند الحنفية إجابة الدعوة.

وقال الجمهور: الإجابة إلى الوليمة واجبة وجوباً عينياً عند المالكية والشافعية على المذهب، والحنابلة، حيث لا عذر من نحو برد وحر وشغل، لحديث «من دعي إلى وليمة ولم يجب، فقد عصى أبا القاسم»[1] وحديث «إذا دعي أحدكم إلى وليمة عرس فليأتها»[2].

والإجابة واجبة حتى على الصائم، لكن لا يلزمه الأكل، لما رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن أبي هريرة: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان صائماً فليصل، وإن كان مفطراً فليطعم».

أما الأعذار: فقال الشافعية: إن دعي الشخص إلى موضع فيه منكر من زمر أو طبل أو خمر: فإن قدر على إزالته لزمه أن يحضر لوجوب الإجابة، ولإزالته المنكر، وإن لم يقدر على إزالته، لم يحضر، لما روي أن رسول الله ﷺ نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر[3].

وقال الحنابلة: تكره إجابة من في ماله حرام كأكله منه، ومعاملته وقبوله هديته وهبته وصدقته، وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلّته. ويستحب بالاتفاق أكله ولو صائماً صوماً غير واجب؛ لأنه يدخل السرور على من

---

(١) نص الحديث عند مسلم عن أبي هريرة: «شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها، ويدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله».

(٢) رواه مسلم وأحمد.

(٣) رواه أبو داود عن ابن عمر بلفظ «نهى رسول الله ﷺ عن الجلوس على مائدة عليها الخمر..».

دعاه. ومن دعاه أكثر من واحد، أجاب الكل إن أمكنه، وإلا أجاب الأسبق قولاً، فالأدين فالأقرب رحماً، فجواراً، ثم أقرع.

وقال المالكية: تجب الإجابة على من عيِّن للوليمة بالشخص، إن لم يكن في المجلس من يُتأذى منه لأمر ديني، كمن شأنه الخوض في أعراض الناس، أو من يؤذيه، أو كان في المجلس منكر كفرش حرير يجلس عليه، وآنية ذهب أو فضة لأكل أو شرب أو تبخير أو نحوها، أو كان هناك سماع غانية ورقص نساء وآلة لهو غير دف وزمارة وبوق، وصور حيوان كاملة لها ظل، لا منقوشة بحائط أو فرش؛ لأن تصاوير الحيوانات تحرم إجماعاً إن كانت كاملة لها ظل مما يطول استمراره، بخلاف ناقص عضو لا يعيش به لو كان حيواناً، وبخلاف ما لا ظل له، كنقش في ورق أو جدار. **والنظر إلى الحرام حرام**، وتصوير غير الحيوان كالسفن والأشجار لا حرمة فيه.

ومن الأعذار المسقطة لوجوب الإجابة: كثرة زحام، أو إغلاق بابه دونه إذا قدم، وإن لمشاورة.

ومنها: العذر الذي يبيح التخلف عن الجمعة: من كثرة مطر، أو وحل أو خوف على مال أو مرض أو تمريض قريب ونحوها.

حكم آلات اللهو عند المالكية: قالوا: تكره الزُّمارة والبوق إذا لم يكثر جداً حتى يلهي كل اللهو، وإلا حرم كآلات الملاهي وذوات الأوتار، والغناء المشتمل على فحش القول، أو الهذيان.

ولا يكره الغربال أو الدُّف إذا لم يكن فيه صراصير، وإلا حرم، ولا يكره الكَبَر أي الطبل الكبير المدور، المغش من الجهتين.

قال العز بن عبد السلام: أما العود والآلات المعروفة ذوات الأوتار كالربابة والقانون، فالمشهور من المذاهب الأربعة أن الضرب به وسماعه حرام، والأصح أنه من الصغائر. وذهبت طائفة من الصحابة والتابعين ومن الأئمة المجتهدين إلى جوازه. قال

الغزالي[1] : وقد دل النص والقياس جميعاً على إباحة سماع الغناء والآلات كالقضيب والطبل والدف وغيره، ولا يستثنى من هذه إلا الملاهي والأوتار والمزامير التي ورد الشرع بالمنع منها[2] لا للذتها، إذ لو كان للذة لقيس عليها كل ما يلتذ به الإنسان .

وأما الرقص : فاختلف فيه الفقهاء : فذهبت طائفة إلى الكراهة، وطائفة إلى الإباحة، وطائفة إلى التفريق بين أرباب الأحوال وغيرهم، فيجوز لأرباب الأحوال ويكره لغيرهم، قال العز بن عبد السلام : وهذا القول هو المرتضى، وعليه أكثر الفقهاء المسوغين لسماع الغناء . وقد بينا سابقاً أنه حرام مع التثني والتكسر.

٧ـ أن يقول الزوج إذا زفت إليه عروسه ما ثبت في السنة وهو ما يأتي :

أ ـ روى صالح بن أحمد عن أبي سعيد مولى أبي أسيد، قال : «تزوج، فحضر عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ، فحضرت الصلاة، فقدموه، وهو مملوك، فصلى بهم، ثم قالوا له : إذا دخلت على أهلك، فصل ركعتين، ثم خذ برأس أهلك فقل : اللهم بارك لي في أهلي، وبارك لأهلي في، وارزقهم مني، وارزقني منهم، ثم شأنك وشأن أهلك» .

ب ـ وروى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : «إذا تزوج أحدكم امرأة، واشترى خادماً، فليقل : اللهم إني أسألك خيرها، وخير ما جبلت عليه، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه، وإذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه، وليقل مثل ذلك» .

---

(١) الإحياء : ٢٣٨/٢ وما بعدها، ١٠٩/٣ .

(٢) روى البخاري تعليقاً عن أبي عامر أو أبي مالك الأشعري : «ليكونن في أمتي أقوام يستحلون الخز والحرير والمعازف» والمعازف : الملاهي .

الفصل الثالث

المحرّمات من النساء أو الأنكحة المحرمة

عرفنا في شروط الزواج: أنه يشترط ألا تكون المرأة محرمة على الرجل الذي يريد الزواج بها، بأن تكون محلاً لورود العقد عليها، والمحلية نوعان عند الحنفية: أصلية وفرعية، والنوع الأول: شرط في انعقاد الزواج فإذا لم يتوافر بطل العقد؛ لأن التحريم قطعي، والنوع الثاني: شرط في صحة الزواج، فإذا فات فسد العقد؛ لأن التحريم ظني.

فمحل عقد الزواج: كل امرأة تحل في الشرع، بوجهين: إما بنكاح أو بملك يمين.

والمحرمات من النساء نوعان: نوع يحرم حرمة مؤبدة، ونوع يحرم حرمة مؤقتة. والتحريم المؤبد إما من جهة النسب، أو من جهة المصاهرة، أو من جهة الرضاع[1].

والنساء المحرمات عند المالكية (٤٨) امرأة، خمس وعشرون مؤبدات: سبع من النسب: الأم والبنت والخالة والأخت والعمة وبنت الأخ وبنت الأخت، ومثلهن من الرضاع. وأربع بالصهر: أم الزوجة وبنتها، وزوجة الأب والابن، ومثلهن من الرضاع. ونساء النبي ﷺ، والملاعنة، والمنكوحة في العدة.

---

(١) البدائع: ٢٥٦/٢ - ٢٧٢، ٢/٤ - ٥، تبيين الحقائق: ١٠١/٢ - ١٠٥، فتح القدير: ٣٥٧/٢ - ٣٩٠، غاية المنتهى: ٣٠/٣ - ٣٨، الدر المختار: ٣٨٠/٢ - ٤٠٥، بداية المجتهد: ٣١/٢ - ٣٤، ٣٩ - ٤٩، ٥٧ - ٥٩، القوانين الفقهية: ص ٢٠٤ - ٢١٠، مغني المحتاج: ١٧٤/٣ - ١٩٠، المهذب: ٤٢/٢، المغني: ٥٤٣/٦، ٥٦٧ - ٦٥٠، كشاف القناع: ٧٤/٥ - ٩٧.

وغير المؤبدات : ثلاث وعشرون : المرتدة ، وغير الكتابية ، والخامسة ، والمتزوجة ، والمعتدة ، والمستبرأة ، والحامل ، والمبتوتة ، والأمة المشتركة[1] ، والأمة الكافرة ، والأمة المسلمة لواجد الطول ، وأمة الابن وأمة نفسه ، وسيدته ، وأم سيده ، والمحرمة بالحج ، والمريضة ، وأخت زوجته ، وخالتها ، وعمتها ، فلا يجوز الجمع بينهما ، والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال ، والمخطوبة بعد الركون للغير ، واليتيمة غير البالغ .

النوع الأول ـ المحرمات المؤبدة : هي التي تحرم على الرجل أبداً ، لسبب دائم فيها ، كالبنوة والأمومة والأخوة ، وتنحصر في ثلاثة أسباب : القرابة ، المصاهرة ، الرضاع .

١ ـ حرمة القرابة أو المحرمات بسبب النسب :

المحرمات بسبب النسب على التأبيد : هي التي تحرم على الشخص بالقرابة النسبية ، وهن أربعة أنواع :

أ ـ أصول الشخص وإن علون : وهي الأم ، والجدة : أم الأم ، وأم الأب ، لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ . والأم لغة : الأصل ، فتشمل الأم والجدة .

ب ـ فروع الشخص وإن نزلن : وهي البنت وبنت البنت ، وبنت الابن وإن نزل ، لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ .

جـ ـ فروع الأبوين أو أحدهما وإن بعدت درجتهن : وهي الأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم ، وبناتهن ، وبنات أولاد الإخوة والأخوات وإن نزلن ، لقوله تعالى : ﴿ وبنات الأخ وبنات الأخت ﴾ .

---

(١) لا يجوز للرجل أن يتزوج بجاريته التي يملكها ولا بجارية مشتركة بينه وبين غيره ، وكذلك لا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها .

د ـ الطبقـة الأولى أو المبـاشرة من فروع الأجـداد والجـدات : وهن العمات والخالات ، سواء كن عمات للشخص نفسه وخالات له ، أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه ، أو أحد أجداده وجداته ، لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهـاتكم وبنـاتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم ﴾ .

أما الطبقة الثـانيـة أو غير المبـاشرة من هـذه الفروع فلا تحرم ، كبنـات العمات والأعمام ، وبنـات الخـال أو الخـالـة ، لـدخولهن في مضمون قولـه تعـالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ولقوله سبحانه : ﴿ يا أيها النبي إنـا أحللنـا لـك أزواجـك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك ، وبنات عمك ، وبنات عماتك ، وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك ﴾ .

وقـد نصت المـادة (٣٣) من القـانون السـوري على هـذه المحرمـات : « يحرم على الشخص أصـولـه وفروعـه ، وفروع أبـويـه ، والطبقــة الأولى من فروع أجــداده » . وتكون المحرمـات بـالقرابـة سبع فرق : الأمهـات ، والبنـات ، والأخـوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت .

وحكمة تحريم الزواج بهؤلاء : إقامـة نظـام الأسرة على أسـاس من الود والحب الخـالص الذي لا تشوبه مصلحة ، فبالتحريم تنقطع الأطماع ، ويتم الاجتماع والاختلاط البريء . وفي الزواج بإحدى هؤلاء إفضـاء إلى قطع الرحم بسبب مـا يحـدث عـادة بين الزوجين من نزاع وتخاصم ، وقطع الرحم حرام ، والمفضي إلى الحرام حرام ، كما قال الكاساني[1] .

هذا فضلاً عما يؤدي إليه الزواج بالقريبـات من ضعف النسل والمرض ، بعكس الزواج بالأباعد يأتي بنسل قوي ، كما ثبت طباً وشرعاً . وفي الأثر : « اغتربوا لا تَضْووا » أي تزوجوا البعيدة لئلا يأتي النّسل ضاوياً ، أي هزيلاً ضعيفاً .

---

(١) البدائع : ٢/٢٥٧ .

٢ـ **حرمة المصاهرة**: المحرمات بسبب المصاهرة على التأبيد أربعة أنواع أيضاً:

أ ـ **زوجة الأصول** وإن علوا، عصبة كانوا أم ذوي أرحام، سواء دخل بها الأصل أم عقد عليها ولم يدخل، كزوجة الأب، والجد أبي الأب أو أبي الأم، لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء، إلا ما قد سلف، إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً﴾ والمراد بالنكاح في «نكح»: العقد، فهو سبب للتحريم سواء دخل بها أم لم يدخل. والأب يطلق لغة على الجد وإن علا.

والمحرم بهذه الآية هو زوجة الأب فقط، أما بنتها أو أمها فلا تحرم على الابن، فيجوز أن يتزوج الرجل امرأة، ويتزوج ابنه بنتها أو أمها.

وسبب التحريم: تكريم واحترام الأصول، وتحقيق صلاح الأسر ومنع الفساد، من تطلع الابن لزوجة أصله، في حالة الاختلاط التي تحدث عادة بين الأب وابنه وسكناهما غالباً في مسكن واحد.

ب ـ **زوجة فروعه** وإن نزلوا، سواء كن عصبات أم ذوي رحم، وسواء دخل بها الفرع أم لم يدخل ولو بعد أن فارقها بالطلاق أو الوفاة، كزوجة الابن أو ابن الابن أو البنت وإن نزلوا، لقوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ ويكون العقد عليها باطلاً لا يترتب عليه أي أثر، فإنهم قالوا: تثبت الحرمة بنفس العقد في منكوحة الأب وحليلة الابن. والحليلة: هي الزوجة، ويتحقق هذا الوصف بمجرد العقد الصحيح.

وألحق الحنفية بتحريم زوجة الأصول والفروع: موطوءة الأصل أو الفرع بالزنا أو الزواج الفاسد؛ لأن مجرد الوطء كاف في التحريم على الرجل.

ولا فرق بين أن يكون الابن من النسب أو الرضاع، فزوجة الابن أو ابن البنت من الرضاع تحرم على أبيه وجدّه تحريماً مؤبداً، كما تحرم زوجة الابن من النسب؛ لأنه

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] ولقوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾.

جـ- أصول الزوجة وإن علون، سواء دخل بزوجته أم لم يدخل، كأم الزوجة وجدتها، سواء أكانت الجدة من جهة الأب أم من جهة الأم، فمجرد العقد على الزوجة يحرم أصولها على الرجل، ويكون العقد عليها ولو بعد الطلاق أو الموت باطلاً، لقوله تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾ وهو في آية المحرمات في سورة النساء (٢٣) شروع في بيان المحرمات من جهة المصاهرة إثر بيان المحرمات من جهة الرضاعة التي لها لحمة كلحمة النسب.

د- فروع الزوجة وإن نزلن أي الربائب، إذا دخل الرجل بالزوجة، فإن لم يدخل بها، ثم فارقها بالطلاق أو الوفاة، فلا تحرم البنت ولا واحدة من فروعها على الزوج. لقوله تعالى: ﴿وربائبكم[2] اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن، فلا جناح عليكم﴾ وذلك سواء أكانت بنت الزوجة ساكنة في بيت زوج أمها أم لا، وأما القيد المذكور في الآية ﴿في حجوركم﴾ فهو مستمد من الشأن الغالب في الربيبة، وهو أن تكون مع أمها، لكون نكاحها مفضياً إلى قطيعة الرحم، سواء أكانت في حجره أم لم تكن.

ويلحق بتحريم أصول الزوجة وفروعها عند الحنفية: أصول الموطوءة وفروعها في وطء حرام أو فيه شبهة.

ويلاحظ مما سبق في حرمة المصاهرة أن العقد وحده على المرأة يحرم ما عدا فروع الزوجة، وقد قرر الفقهاء فيه قاعدة مشهورة هي: «العقد على البنات يحرِّم

---

(١) رواه الجماعة عن عائشة، وهذا لفظ ابن ماجه (نيل الأوطار: ٢١٧/٦).

(٢) الربائب جمع ربيبة: وهي بنت المرأة من رجل آخر، وسميت بذلك لأن زوج الأم يربها أي يقوم بأمرها ويرعى شؤونها. فالربائب: هن بنات زوج دخل بها.

الأمهات، والدخول بالأمهات يحرِّم البنات» وسبب التفرقة أن الإنسان يحب ابنه أو بنته كنفسه بعكس حب الأصل، فلا تتألم الأم لو عقد على بنتها بعد العقد عليها.

وحكمة التحريم بالمصاهرة كما أبان الدهلوي[1]: منع التنازع والتصارع الذي قد يحدث بين الأقارب من هذا النوع إما بفك ارتباط زوجة بزوجها أو بالتنازع على زوج.

ما يلحق بحرمة المصاهرة: ألحق الحنفية كما بينا بالعقد الصحيح أو بالدخول:

١ً- حالة الدخول بالمرأة بعقد فاسد كالزواج بغير شهود.

٢ً- وحالة الدخول بالمرأة بناء على شبهة، كمن زفت إليه امرأة أخرى غير التي عقد عليها، وقيل له: إنها زوجته، فدخل بها، بناء عليه، ثم تبين أنها ليست زوجته التي عقد عليها ولم يكن قد رآها، وهي التي تسمى بالمرأة المزفوفة.

٣ً- وكذلك ألحقوا مع الحنابلة[2] الزنا، ومثله عند الحنفية مقدمات الزنا من تقبيل ومس بشهوة، فقالوا: تثبت حرمة المصاهرة بالزنا والمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته؛ لأن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه احتياطاً، وألحق الحنابلة اللواط بالزنا، فقالوا: الحرام المحض وهو الزنا يثبت به التحريم، ولا فرق بين الزنا في القبل والدبر؛ لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة. وإن تلوط بغلام يتعلق به التحريم أيضاً، فيحرم على اللائط أمُّ الغلام وابنته، وعلى الغلام أم اللائط وابنته؛ لأنه وطء في الفرج، فنشر الحرمة كوطء المرأة، ولأنها بنت من وطئه وأمه، فحرمتا عليه، كما لو كانت الموطوءة أنثى.

---

(١) حجة الله البالغة: ٩٧/٢.

(٢) البدائع: ٢٦٠/٢، المغني: ٥٧٧/٦ وما بعدها، فتح القدير: ٣٦٥/٢ وما بعدها.

ويترتب على هذا الرأي : أنه يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته ، وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا ، وتحرم أمها وجدتها ، فمن زنى بامرأة حرمت عليه بنتها وأمها . ولو زنى الزوج بأم زوجته أو ببنتها ، حرمت عليه زوجته على التأبيد .

واستدلوا بدليلين :

الأول- ما روي أن رجلاً قال : يا رسول الله ، إني قد زنيت بامرأة في الجاهلية ، أفأنكح ابنتها ؟ قال : « لا أرى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطّلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها » . ولكن هذا الحديث مرسل ومنقطع كما قال ابن الهمام في فتح القدير .

الثاني- إن الزنا سبب للولد ، فيثبت به التحريم قياساً على غير الزنا ، وكون الزنا حراماً لا يؤثر ، بدليل أن الدخول بالمرأة بناء على عقد فاسد تثبت به حرمة المصاهرة بالاتفاق ، وإن كان الدخول حراماً . ورد عليه بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الزنا يجب به الحد ولا يثبت به النسب ، بخلاف الوطء في الزواج ، لذا قال الشافعي لمحمد بن الحسن : «إن الزواج أمر حمدت عليه ، والزنا فعل رجمت عليه ، فكيف يشتبهان ؟! » .

وقال المالكية على المشهور والشافعية[1] : إن الزنا والنظر والمس لا تثبت به حرمة المصاهرة ، فمن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ، ولا الزواج بأمها أو ببنتها ، ولا تحرم المزني بها على أصول الزاني وفروعه ، ولو زنى الرجل بأم زوجته أو ببنتها لا تحرم عليه زوجته . وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته ، ولكن يكره ذلك كله .

واستدلوا بأدلة أربعة هي :

---

(١) الشرح الصغير : ٣٤٧/٢ ، مغني المحتاج : ١٧٥/٣ ، ٤١٩

الأول ـ أن النبي ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة، فأراد أن يتزوجها أو ابنتها، فقال: «لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان بنكاح»[1] فهذا كما قال الدميري: يدل لمذهب الشافعي أن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة، حتى يجوز للزاني أن ينكح أم المزني بها.

ويؤيده أحاديث أخرى منها: «الزاني المجلود لا ينكح إلا مثله»[2] وقرأ النبي ﷺ على رجل يريد أن يتزوج بزانية: ﴿الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك﴾[3].

الثاني ـ المصاهرة نعمة؛ لأنها تلحق الأجانب بالأقارب، وفي الحديث: «المصاهرة لحمة كلحمة النسب»[4]، وأما الزنا فمحظور شرعاً، فلا يكون سبباً للنعمة.

الثالث ـ القصد من إثبات حرمة المصاهرة قطع الأطماع بين الرجل والمرأة، لتحقيق الألفة والمودة، والاجتماع البريء من غير ريبة، أما المزني بها فهي أجنبية عن الرجل ولا تنسب إليه شرعاً، ولا يجري بينهما التوارث، ولا تلزمه نفقتها، ولا سبيل للقاء معها، فهي كسائر الأجانب، فلا وجه لإثبات الحرمة بالزنا.

الرابع ـ قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ يفيد صراحة حل ما عدا المذكورات قبلها، وليس المزني بها منهن، فتدخل في عموم الحل.

وبالنظر في أدلة الفريقين، وبمعرفة ضعف أدلة الفريق الأول، يتبين لنا ترجيح رأي الفريق الثاني، تمييزاً بين الحلال المشروع والحرام المحظور.

---

(١) أخرجه البيهقي عن عائشة وضعفه، وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر.

(٢) رواه أحمد وأبو داود، وقال في الفتح: رجاله ثقات.

(٣) رواه أحمد والطبراني في الكبير والأوسط، قال الهيثمي: ورجال أحمد ثقات. والمرأة يقال لها أم مهزول.

(٤) المعروف حديث البخاري عن ابن عباس: «حَرُم من النسب سبع، ومن الصِّهْر سبع» (جامع الأصول: ١٢/١٤٤).

وقد نصت المادة (٣٤) من القانون السوري على المحرمات بسبب المصاهرة :
يحرم على الرجل :

١ ـ زوجة أصله أو فرعه أو موطوءة أحدهما .

٢ ـ أصل موطوءته أو فرعها ، وأصل زوجته .

وقد اقتصر النص على أصل الزوجة دون فرعها ؛ لأنه إن دخل الزوج بالزوجة ، فيشمل فرع الزوجة قوله : «أصل موطوءته وفرعها» وإن لم يدخل بها ، فلا يحرم عليه فرعها وهي الربيبة .

٣ ـ حرمة الرضاع :

المحرمات بسبب الرضاع هن المحرمات بسبب النسب ، وهن أربعة أنواع من جهة النسب ، وأربعة أنواع من جهة المصاهرة ، فصار المجموع ثمانية . ودليل التحريم : قوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة ﴾ وقوله ﷺ : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] وكما تحرم القريبات من الرضاع ، تحرم الأصهار من الرضاع أيضاً ، قياساً على النسب ، وأخذاً من مفهوم الآية والحديث المتقدمين ، فأصبحت القاعدة : يحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب وسبب المصاهرة إلا في حالتين سنذكرهما يختلف فيهما حكم النسب والرضاع .

وأصناف المحرمات بالرضاع الثمانية هي ما يأتي :

الأول ـ أصول الشخص من الرضاع مهما علون : وهي الأم من الرضاعة والجدات .

---

(١) رواه الجماعة عن عائشة ، وهذا لفظ ابن ماجه ، ولفظ الآخرين « من الولادة » بدل « من النسب » وروى أحمد والشيخان اللفظ الأول أيضاً عن ابن عباس ، وفي لفظ « من الرحم » (جامع الأصول : ١٢/١٤٦ ، نيل الأوطار : ٦/٣١٧) .

الثـاني ـ الفروع من الرضـاع مهما نزلن : وهي البنت رضـاعـاً وبنتهـا ، وبنت الابن رضاعاً وبنتها وإن نزلت .

الثالث ـ فروع الأبوين من الرضـاع : وهي الأخوات من الرضـاعـة ، وبنـات الإخوة والأخوات مهما نزلن .

الرابع ـ الفروع المبـاشرة للجـد والجـدة من الرضـاع : وهي العمات والخـالات رضاعاً ، والعمة من الرضاعة : هي أخت زوج المرضعة ، والخالـة من الرضـاعـة : هي أخت المرضعـة . ولا تحرم بنـات العمات والأعمـام وبنـات الخـالات والأخـوال من الرضاعة ، كما لا تحرم من النسب .

الخامس ـ أم الزوجة وجداتها من الرضاعة مهما علون ، سواء أكان هنـاك دخول بالزوجة أم لم يكن .

السادس ـ زوجة الأب والجد من الرضـاع ، وإن علا ، سواء دخل الأب والجـد بها أم لم يدخل ، كما يحرم عليه زوجة أبيه من النسب .

السـابع ـ زوجـة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضـاع ، وإن نزلوا ، سواء دخل الابن ونحوه بالزوجة أم لم يدخل ، كما يحرم عليه زوجة أولاده من النسب .

الثـامن ـ بنت الزوجـة من الرضـاعـة ، وبنـات أولادهـا مهما نزلن ، إذا كانت الزوجـة مـدخولاً بهـا ، فـإن لم يكن دخول بهـا ، فـلا تحرم فروعهـا من الرضـاع على الزوج ، كما في النسب .

ما يختلف فيه حكم الرضاع عن حكم النسب :

استثنى الحنفية[1] حالتين من التحريم بالنسب ، لا تحريم فيهما من جهة الرضاع ، وهما :

---

(١) البدائع : ٤/٣ ـ ٥ ، اللباب : ٣٣/٣ .

١ً ـ أم الأخ أو الأخت من الرضاع : فإنه يجوز الزواج بها ، ولا يجوز الزواج بأم الأخ أو الأخت من النسب لأبيه ، كأن ترضع امرأة طفلاً ، وكان لها ابن من النسب ، فيجوز لهذا الابن أن يتزوج بأم هذا الطفل ، وهي أم أخيه من الرضاع .

وذلك لأن أم الأخ أو الأخت من النسب إما أن تكون أمه إن كانا شقيقين أو أخوين لأم ، أو زوجة أبيه إن كانا أخوين ، وهذا لم يوجد في الرضاع .

٢ً ـ أخت الابن أو البنت من الرضاع : فإنه يحل للأب أن يتزوج بها ، ولا يحل له أن يتزوج بأخت ابنه أو بنته من النسب ، كأن ترضع امرأة طفلاً ، فلزوج هذه المرأة أن يتزوج بأخت هذا الطفل ، ولأبي هذا الطفل أن يتزوج بنت هذه المرضعة .

وحرمة أخت الابن أو البنت من النسب ؛ لأنها إما أن تكون بنته أو بنت زوجته المدخول بها ، وكلتاهما يحرم الزواج بها ، وهذا لم يوجد في الرضاع .

أخت الأخ وأم الرضيع والمرضعة :

ذكر الحنفية أيضاً أنه يجوز للرجل الزواج بأخت الأخ من الرضاع ، وأخت الأخ من النسب ، وأم الرضيع من النسب ، وبالمرضعة . أما أخت الأخ من الرضاع فكأن يرضع طفل من امرأة ، فيجوز لأخي هذا الطفل الذي لم يرضع أن يتزوج بنت هذه المرأة ، وهي أخت أخيه من الرضاع ، وهذا معنى قول العوام : افلت رضيعاً وخذ أخاه . ومثلها أخت أخته من الرضاع .

وأما صورة أخت أخيه من النسب : فكأن يوجد أخوان لأب ، ولأحدهما أخت من أمه ، فيحل لأخيه الآخر أن يتزوج بها ، وهي أخت أخيه من النسب ، إذ لا صلة بين هذه الأخت وبين الرجل ، لا بنسب ولا رضاع ، وإنما هي بنت زوجة أبيه . وكذلك لو كان هناك أخوان لأم ، ولأحدهما أخت نسبية من الأب ، فإنها تحل لأخيه من الأم .

ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم الرضيع من النسب؛ لأن الرضيع ابنه، كما يجوز أن يتزوج أم ابنه من النسب.

ولأب الرضيع من النسب أن يتزوج المرضعة؛ لأنها أم ابنه من الرضاع، فهي كأم ابنه من النسب.

موقف القانون من الرضاع:

قد نصت المادة (١/٣٥) من القانون السوري على أصناف المحرمات بالرضاع وهي: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه».

ونصت الفقرة (٢) من هذه المادة على شروط الرضاع المحرم: «يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات، يكتفي الرضيع في كل منها، قل مقدارها أو كثر».

وهذا يعني أن شروط الرضاع المحرِّم هي ما يأتي:

١ ـ أن يقع الرضاع خلال العامين الأوليين من حياة الرضيع، فلو رضع بعدهما لا تثبت به الحرمة. وهذا رأي الجمهور لقوله ﷺ: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»[1]، وضم الإمام مالك لمدة العامين مدة أقصاها شهران؛ لأن الطفل قد يحتاج لهذه المدة للتدرج في تحويل غذائه من اللبن إلى الطعام، وذلك إذا لم يفطم عن الرضاع قبل هذه المدة، فإن فطم وأكل الطعام ثم رضع فلا يكون الرضاع محرِّماً.

وقدر الإمام أبو حنيفة مدة الرضاع بسنتين ونصف، ليتدرج الطفل في نصف العام على تحويل غذائه من اللبن إلى غيره.

٢ ـ أن يرضع الطفل خمس رضعات متفرقات بحسب العادة، بحيث يترك

---

(١) رواه الدارقطني عن ابن عباس (نيل الأوطار : ٣١٥/٦) .

الثدي باختياره من غير عارض كتنفس أو استراحة يسيرة أو شيء يلهيه عن الرضاع فجأة. وهذا مذهب الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم.

لبن الفحل: الفحل: الرجل المتزوج المرأة المرضعة إذا كان لبنها منه. والحكم المقرر لدى جمهور الصحابة والتابعين وأئمة الاجتهاد: أن اللبن للفحل فهو الذي يتعلق به التحريم، أي أنه حق للرجل، وقد حدث بسببه، ولا تنقطع نسبة اللبن عن زوج مات أو طلق، فبه يصبح زوج المرضع أباً للرضيع، وتصبح المرضع به أيضاً أماً للرضيع، ويحرم الطفل على الرجل وأقاربه، كما يحرم ولده من النسب، ويصير أولاد الزوج كلهم إخوة الرضيع، سواء أكانوا من تلك الزوجة المرضع، أم من زوجة أخرى غيرها[1]، أخرج الأئمة الستة عن عائشة، قالت: «دخل عليّ أفلح بن أبي القعيس، فاستترت منه، فقال: تستترين مني وأنا عمك؟ قالت: من أين؟ قال: أرضعتك امرأة أخي، قالت: إنما أرضعتني المرأة، ولم يرضعني الرجل، فدخل علي رسول الله ﷺ فحدثته، فقال: إنه عمك، فليلج عليك».

حكمة التحريم بالرضاع:

يحدث التحريم بالرضاع بسبب تكوّن أجزاء البنية الإنسانية من اللبن، فلبن المرأة ينبت لحم الرضيع، وينشز عظمه أي يكبر حجمه، كما جاء في الحديث: «لا رضاع إلا ما أنشز العظم، وأنبت اللحم»[2] فإن إنشاز العظم، وإنبات اللحم، إنما يكون لمن كان غذاؤه اللبن، وبه تصبح المرضع أماً للرضيع؛ لأنه جزء منها حقيقة.

وسنذكر إن شاء الله في بحث الرضاع شروط الرضاع المحرم عند الفقهاء وطرق إثبات الرضاع.

---

(١) المغني: ٥٧٢/٦، اللباب: ٣٢/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٠٦، مغني المحتاج: ٤١٨/٣.

(٢) نيل الأوطار: ٣١٦/٦.

النوع الثاني ـ المحرمات المؤقتة :

هن اللاتي يحرم الزواج بهن حرمة مؤقتة لسبب معين ، فإذا زال السبب زالت الحرمة ، وتلك خمسة أصناف هي :

المطلقة ثلاثاً ، المشغولة بحق زوج آخر بزواج أو عدة ، التي لا تدين بدين سماوي ، أخت الزوجة ومن في حكمها ، الخامسة لمتزوج بأربع .

وقد اقتصر القانون السوري على أربعة أصناف ، ولم يذكر المرأة التي لا تدين بدين سماوي ، فنص في المواد ٣٦ ـ ٣٩ على ذلك :

م ٣٦ ـ ١ ـ لا يجوز أن يتزوج رجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر ، دخل بها فعلاً .

٢ ـ زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق ، ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة .

م ٣٧ ـ لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع ، وتنقضي عدتها .

م ٣٨ ـ لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته .

م ٣٩ ـ لا يجوز الجمع بين امرأتين ، لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى ، فإن ثبت الحل على أحد الفرضين ، جاز الجمع بينهما .

وأضاف الحنفية المرأة الملاعنة : وهي التي قذفها زوجها بالفجور ، أو نفى نسب ولدها إليه ، فترافعا إلى القاضي ، وتلاعنا أمامه ، ففرق بينهما . فتصبح المرأة حراماً على الرجل ، فإن أكذب نفسه وبرأها مما نسبه إليها ، جاز زواجه بها عند أبي حنيفة

ومحمد. وقال الجمهور: التحريم مؤبد، لما صح في السنة أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً[1].

ونبين هنا تباعاً هذه الأصناف ما عدا الملاعنة فمحل بحثها في اللعان.

١ـ المطلقة ثلاثاً (المبتوتة أو البائن بينونة كبرى) بالنسبة لمن طلقها: فمن طلق زوجته ثلاث طلقات، فلا يحل له أن يعقد عليها مرة أخرى، إلا إذا تزوجت بزوج آخر ودخل بها، وانقضت عدتها منه، بأن طلقها باختياره أو مات عنها، فتعود إلى الزوج الأول بزوجية جديدة، ويملك عليها ثلاث طلقات جديدة[2]، بعد أن اختبرت المرأة زوجاً آخر، وقامت بتجربة أخرى، وأحس الزوج بصعوبة الفراق، فيعودان إلى الحياة المشتركة بروح وصفحة جديدة، وتسارع المرأة في إرضاء زوجها، وتجنب أسباب تصدع الزوجية السابقة. قال تعالى مبيناً طريق حل المبتوتة: ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان ﴾.. إلى أن قال سبحانه: ﴿ فإن طلقها، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله ﴾.

والدليل على اشتراط دخول الزوج الثاني بالمرأة المطلقة ثلاثاً: حديث العسيلة، قالت عائشة: جاءت امرأة رِفاعة القُرَظي إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني، فبتَّ طلاقي، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثل هَدْبة الثوب[3]، فقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»[4] ففيه دليل على أن وطء الزوج الثاني لا يكون محللاً ارتجاع الزوج الأول

---

(١) رواه أبو داود عن سهل بن سعد، وروى الدارقطني ذلك عن سهل بن سعد وابن عباس وعلي وابن مسعود (نيل الأوطار: ٢٧١/٦).

(٢) المحرر في الفقه الحنبلي لابن تيمية: ٨٥/٢، المغني: ٢٦١/٧ وما بعدها، ٢٧٤ وما بعدها.

(٣) أي طرف الثوب الذي لم ينسج، وأرادت أن ذكره يشبه الهدبة في الاسترخاء وعدم الانتشار.

(٤) رواه الجماعة عن عائشة (نيل الأوطار: ٢٥٣/٦) وتصغير العسيلة إشارة إلى أن القدر القليل كاف في تحصيل المطلوب، بأن يقع تغييب الحشفة في الفرج.

للمرأة، إلا إن كان حالَ وطئه منتشراً، فلو لم يكن كذلك، أو كان عنيناً أو طفلاً، لم يكف في الأصح من قولي أهل العلم.

شروط حل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول:

يشترط لحل المطلقة ثلاثاً للزوج الأول ثلاثة شروط[1]:

أحدها: أن تنكح زوجاً غيره، لقوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾.

الثاني: أن يكون النكاح صحيحاً: فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه، باتفاق المذاهب الأربعة، لقوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح.

الثالث: أن يطأها في الفرج: فلو وطئها دونه أو في الدبر، لم يحلها؛ لأن النبي ﷺ علق الحل -في الحديث المتقدم- على ذوق العسيلة منهما، ولا يحصل ذلك إلا بالوطء في الفرج. وأدناه تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به. ولو أولج الحشفة من غير انتشار، لم تحل له؛ لأن الحكم يتعلق بذوق العسيلة، ولا تحصل من غير انتشار. ويجزئ قدر الحشفة من مقطوع الذكر، وتحل بوطء الخصي؛ لأنه يطأ كالفحل، ولم يفقد إلا الإنزال، وهو غير معتبر في الإحلال. وذكر الحنفية أنها لو تزوجت بمجبوب (مقطوع الذكر كله) فإنها لا تحل حتى تحبل لوجود الدخول حكماً، حتى إنه يثبتُ النسب من الثاني.

واشترط الحنابلة والمالكية شرطاً رابعاً: وهو أن يكون الوطء حلالاً، فإن وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما، أو وأحدهما صائم فرضاً، لم تحل؛ لأنه وطء حرام لحق الله تعالى، فلم يحصل به الإحلال، كوطء المرتدة، لا يحلها سواء وطئها في حال ردتها، أو ردته.

---

(١) المغني: ٢٧٥/٧ وما بعدها.

ولم يشترط الحنفية والشافعية هذا الشرط، قال ابن قدامة الحنبلي: وهذا أصح إن شاء الله تعالى، لظاهر قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ وهذه قد نكحت زوجاً غيره، وأيضاً قوله عليه السلام: «حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك» وهذا قد وجد، ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام، فأحلها كالوطء الحلال، وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة، أو وطئها مريضة يضرها الوطء.

وهل نكاح التحليل المؤقت[1] يحل المطلقة ثلاثاً؟

قال الحنفية والشافعية[2]: تحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول بنكاح التحليل، لكن يكره عند الحنفية تحريماً التزوج الثاني إن كان بشرط التحليل، مثل: تزوجتك على أن أحلك. لحديث: «لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلَّل له»[3]، ويصح الزواج، ويبطل الشرط، فلا يجبر الثاني على الطلاق. فإن أضمر الزوج الأول والثاني التحليل، أو كان الثاني مأجوراً لقصد الإصلاح، لا مجرد قضاء الشهوة ونحوها، لا يكره.

وذكر الشافعية أن نكاح المحلل باطل إن نكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما، أو أن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول، لما روى هزيل عن عبد الله قال: «لعن رسول الله ﷺ الواصلة والموصولة، والواشمة والموشومة، والمحلل والمحلل له، وآكل الربا ومطعمه»[4] ولأنه نكاح شرط انقطاعه، دون غايته، فأشبه نكاح المتعة.

---

(١) نكاح المحلل - كما ذكر الحنابلة - هو أن يتزوج الرجل المطلقة ثلاثاً على أنه إذا أحلها طلقها، أو فلا نكاح بينهما، أو ينويه الزوج، أو يتفقا عليه قبله (غاية المنتهى: ٤٠/٣).

(٢) الدر المختار: ٧٣٨/٢ - ٧٤٩، المهذب: ٤٦/٢، تكملة المجموع: ٤٠٥/١٥ - ٤١١.

(٣) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن ابن مسعود، ورواه الخمسة إلا النسائي من حديث علي مثله (نيل الأوطار: ١٣٨/٦).

(٤) أخرجه النسائي والترمذي وصححه.

وأما إن تزوجها واعتقد أنه يطلقها إذا وطئها، فيكره ذلك، لما روى الحاكم والطبراني في الأوسط عن عمر أنه: جاء إليه رجل، فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ليحلها لأخيه، هل تحل للأول؟ قال: لا، إلا بنكاح رغبة» وروى أبو مرزوق التجيبي مثله عن عثمان، أي إن تزوج على نية التحليل بدون شرط صح النكاح؛ لأن العقد إنما يبطل بما شرط، لا بما قصد.

والخلاصة: أن زواج المحلل بلا شرط، أي بدون شرط صريح في العقد على التطليق، وإنما بالنية والقصد الباطن صحيح مكروه عند الحنفية والشافعية؛ لأن العقد استوفى أركانه وشروطه في الظاهر، ولا يتأثر العقد بالباعث الداخلي أي أنهم لا يقولون بمبدأ سد الذرائع بالقصد الداخلي.

وقال المالكية والحنابلة[1]: إن نكاح المحلل أو نكاح التيس المستعار ولو بلا شرط: وهو الذي يتزوجها ليحلها لزوجها حرام باطل مفسوخ، لا يصح ولا تحل لزوجها الأول، والمعتبر نية المحلل لا نية المرأة، ولا نية المحلل له.

ودليلهم الحديث السابق عن ابن مسعود: «لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلل له» وحديث عقبة بن عامر: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: هو المحلِّل، لعن الله المحلل والمحلل له»[2] فهذا يدل على تحريم التحليل؛ لأن اللعن إنما يكون على ذنب كبير. وهذا يتفق مع مبدئهم بسد الذرائع. وخص الفريق الأول التحريم والإبطال بما إذا شرط الزوج أنه إذا نكحها الثاني بانت منه، أو شرط أنه يطلقها أو نحو ذلك.

٢ - المشغولة بحق زوج آخر: وهي التي تعلق بها حق الغير بزواج أو عدة، وهذا يشمل ما يأتي:

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٠٩، غاية المنتهى: ٤٠/٣.

(٢) الحديث الأول رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه، والثاني رواه ابن ماجه والحاكم وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بالإرسال (نيل الأوطار: ١٣٨/٦ وما بعدها).

أ ـ المرأة المتزوجة : فلا يحل لأحد أن يعقد عليها ما دامت متزوجة لتعلق حق الغير بها ، سواء أكان الزوج مسلماً أم غير مسلم ؛ لقوله تعالى : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ أي المتزوجات ، واستثنى النص المملوكات بملك اليمين : وهن المسبيات في حرب مشروعة ، فإذا سبيت المرأة ، وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب اختلاف الدار، فيحل الزواج بها . وهذا هو مانع الزوجية من أربعة عشر مانعاً عند المالكية سنذكرها .

وحكمة تحريم المتزوجة واضحة وهي منع الاعتداء على حق الغير، وحفظ الأنساب من الاختلاط .

ب ـ المرأة المعتدة : وهي التي تكون في أثناء العدة من زواج سابق ، سواء عدة طلاق أو وفاة . فلا يحل لأحد غير زوجها الأول التزوج بها حتى تنقضي عدتها ، ويشمل ذلك عدة الزواج الفاسد أو بشبهة ، لثبوت نسب الولد . لقوله تعالى : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ أي لا تعقدوا الزواج على المعتدة من وفاة حتى تنتهي عدتها . ولقوله سبحانه : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ أي أطهار أو حيضات على رأيين في التفسير والفقه ، أي يجب على المرأة المطلقة الانتظار ثلاثة أطهار أو حيضات ، فلا يحل الزواج بها ، وقال علي وابن عباس وعبيدة السلماني : « ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر، وألا تنكح امرأة في عدة أختها » .

وحكمة تحريم المعتدة بقاء آثار الزواج السابق ، ورعاية حقوق الزوج القديم ، ومنع اختلاط الأنساب .

وهل يترتب على الدخول بالمعتدة تحريمها على الرجل تحريماً مؤبداً ؟

اختلف الفقهاء على رأيين[1] ، فقال الجمهور: إن الدخول بالمعتدة لا يحرمها

---

(١) بداية المجتهد : ٤٦/٢ وما بعدها .

عليه، بل إذا انقضت عدتها حل له الزواج بها؛ لأن الرجل لو زنى بامرأة لا يحرم عليه الزواج بها بالاتفاق، فكذلك لو دخل بها وهي في العدة أو بعدها، لا يحرم عليه الزواج بها بعد انتهاء العدة، ولأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: يفرق بينهما، ثم يخطبها بعد العدة إن شاء. وروي مثله عن ابن مسعود رضي الله عنه.

وقال المالكية: الدخول بالمعتدة يحرمها على الرجل تحريماً مؤبداً، فيفرق بينهما ولا تحل له أبداً، بدليل ما روى مالك عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان، وقال: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها، فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً. قال ابن المسيب: ولها مهرها بما استحل منها. وهذا هو مانع العدة عند المالكية من أربعة عشر مانعاً.

جـ - المرأة الحامل من الزنا عند الحنفية، ومانع الزنا عند المالكية[1]:

يحل بالاتفاق للزاني أن يتزوج بالزانية التي زنى بها، فإن جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر من وقت العقد عليها، ثبت نسبه منه، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه منه، إلا إذا قال: إن الولد منه، ولم يصرح بأنه من الزنا. فبهذا الإقرار يثبت نسبه منه لاحتمال عقد سابق أو دخول بشبهة، حملاً لحال المسلم على الصلاح وستراً على الأعراض.

أما زواج غير الزاني بالمزني بها، فقال قوم كالحسن البصري: إن الزنا يفسخ

(١) بداية المجتهد: ٣٩/٢ وما بعدها، البدائع: ٢٦٩/٢، المهذب: ٤٣/٢، المغني: ٦٠١/٦ - ٦٠٤.

النكاح . وقال الجمهور: يجوز الزواج بالمزني بها . ومنشأ الخلاف آية : ﴿ والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ، وحرم ذلك على المؤمنين ﴾ فالفريق الأول يأخذ بظاهر الآية ، والكلام خرج مخرج التحريم . والفريق الثاني (الجمهور) حملوا الآية على الذم ، لا على التحريم ، لما روى أبو داود والنسائي عن ابن عباس قال : « جاء رجل إلى النبي ﷺ ، فقال : إن امرأتي لا تمنع يد لامس - كناية عن عدم العفة عن الزنا - ، قال : غرّبها - أي أبعدها - ، قال : أخاف أن تتبعها نفسي ، قال : فاستمتع بها »[1] ، ولما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر والبيهقي عن عائشة : « لا يحرم الحرام الحلال » .

ثم اختلف الجمهور في التفصيل ، فقال الحنفية : إذا كانت المزني بها غير حامل ، صح العقد عليها من غير الزاني ، وكذلك إن كانت حاملاً يجوز الزواج بها عند أبي حنيفة ومحمد ، ولكن لا يطؤها ، أي لا يدخل بها حتى تضع الحمل ، للأدلة الآتية :

أولاً - لم تذكر المزني بها في المحرمات ، فتكون مباحة ، لقوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ .

ثانياً - لا حرمة لماء الزنا ، بدليل أنه لا يثبت به النسب ، للحديث السابق : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر »[2] ، وإذا لم يكن للزنا حرمة ، فلا يكون مانعاً من جواز النكاح .

وإنما امتنع الدخول بالحامل من الزنا حتى تضع الحمل ، فلقوله ﷺ : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقين ماءه زرع غيره »[3] يعني وطء الحوامل .

---

(١) نيل الأوطار : ١٤٥/٦ ، وإسناده صحيح ، قال المنذري : ورجال إسناده يحتج بهم في الصحيحين .

(٢) رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ٢٧٩/٦) .

(٣) رواه الترمذي عن رويفع ، وهو حسن ، ولكن بلفظ : « ولد غيره » بدل : « زرع غيره » ورواه أبو داود أيضاً بلفظ : « زرع غيره » .

وقال أبو يوسف وزفر: لا يجوز العقد على الحامل من الزنا؛ لأن هـذا الحمل يمنع الوطء، فيمنع العقـد أيضـاً، كما يمنع الحمل الثـابت النسب، أي كما لا يصـح العقـد على الحامل من غير الزنا، لا يصح العقد على الحامل من الزنا.

وقال المالكية: لا يجوز العقد على الزانية قبل استبرائها من الزنا بحيضـات ثلاث أو بمضي ثلاثـة أشهر، فـإن عقـد عليهـا قبل الاستبراء، كان العقـد فـاسـداً، ووجب فسخه، سواء ظهر بها حمل أم لا، أمـا الأول (ظهور الحمل) فللحـديث السـابق: «فلا يسقين ماءه زرع غيره» وأما الثاني فللخوف من اختلاط الأنساب.

وقال الشافعية: إن زنى بامرأة، لم يحرم عليه نكاحها، لقوله تعـالى: ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ولحديث عائشة السابق: «لا يحرم الحرام الحلال».

وقال الحنابلة: إذا زنت المرأة، لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين:

أحدهما ـ انقضاء عدتها، فإن حملت من الزنـا، فقضـاء عـدتهـا بوضعـه، ولا يحل نكاحهـا قبل وضعـه، للحـديث السـابـق: «فـلا يسقي مـاءه زرع غيره» والحـديث الصحيح: «لا توطأ حامل حتى تضع» وهذا رأي مالك.

والثاني ـ أن تتوب من الزنا، للآية السابقة: ﴿ وحرم ذلك على المؤمنين ﴾ وهي قبل التوبـة في حكم الـزنـا، فـإذا تـابت زال التحريم لقـول النبي ﷺ: «التـائب من الذنب كمن لا ذنب له»[1]. ولم يشترط باقي الأئمة هذا الشرط.

زنا أحد الزوجين: اتفق عامة أهل العلم على أنـه إن زنت امرأة رجل، أو زنى زوجها، لم ينفسخ النكاح، سواء أكان قبل الدخول أم بعـده؛ لأن دعواه الزنـا عليهـا لا يُبينها، ولو كان الزواج ينفسخ به، لانفسخ بمجرد دعواه كالرضـا، ولأنهـا معصيـة لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقـة. أمـا اللعـان فـإنـه يقتضي الفسخ بـدون الزنـا

---

(١) المغني: ٦/٦٠٣ وما بعدها.

بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابلته، فلم يثبت زناها، وقد أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها، والفسخ واقع باللعان.

ولكن استحب الإمام أحمد للرجل مفارقة امرأته إذا زنت، وقال: «لا أرى أن يمسك مثل هذه، وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه، وتلحق به ولداً ليس منه» وقال أحمد أيضاً: ولا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بثلاث حيض، للحديث السابق: «فلا يسقي ماءه زرع غيره» يعني إتيان الحبالى، ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا، فينسب إليه. قال ابن قدامة: والأولى أنه يكفي استبراؤها بالحيضة الواحدة؛ لأنها تكفي في استبراء الإماء[1].

٣ـ المرأة التي لا تدين بدين سماوي[2]:

لا يحل للمسلم الزواج بالمرأة المشركة: وهي التي تعبد مع الله إلهاً غيره، كالأصنام أو الكواكب أو النار أو الحيوان، ومثلها المرأة الملحدة أو المادية: وهي التي تؤمن بالمادة إلهاً، وتنكر وجود الله، ولا تعترف بالأديان السماوية، مثل الشيوعية والوجودية، والبهائية والقاديانية.

وذلك لقوله تعالى: ﴿ولا تَنْكحوا المشركات، حتى يؤمنَّ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم﴾.

وألحق الحنفية والشافعية وغيرهم المرأة المرتدة بالمشركة، فلا يجوز لأحد أصلاً مسلم أو كافر أن يتزوجها؛ لأنها تركت ملة الإسلام، ولا تقر على الردة، فإما أن تموت أو تسلم، فكانت الردة في معنى الموت، لكونها سبباً مفضياً إليه، والميت لا يكون محلاً للزواج.

(١) المغني: ٦٠٣/٦ وما بعدها.

(٢) الدين السماوي: الدين الذي له كتاب منزل ونبي مرسل.

والخلاصة: لا يحل بالاتفاق نكاح من لا كتاب لها كوثنية (وهي عابدة الوثن أو الصنم) ومجوسية (وهي عابدة النار) إذ لا كتاب بأيدي أهلها الآن، ولم نتيقنه من قبل فنحتاط.

والسبب في تحريم الزواج بالمشركة ونحوها: عدم تحقق الانسجام والاطمئنان والتعاون بين الزوجين؛ لأن تباين العقيدة يوجد القلق والاضطراب ويسبب التنافر بين الزوجين، فلا تستقيم الحياة الزوجية القائمة على دعائم المودة والرحمة والمحبة، وغايتها الهدوء والاستقرار. ثم إن عدم الإيمان بدين يسهل على المرأة الخيانة الزوجية والفساد والشر، ويرفع عنها الأمانة والاستقامة والخير؛ لأنها تؤمن بالخرافات والأوهام، وتتأثر بالأهواء والطبائع الذاتية غير المهذبة، فلا دين يردعها، ولا رادع لها من إيمان بالله وباليوم الآخر وبالحساب والبعث.

زواج المسلمة بالكافر: يحرم بالإجماع زواج المسلمة بالكافر، لقوله تعالى: ﴿ولا تُنْكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾ وقوله تعالى: ﴿فإن علمتموهن مؤمنات، فلا ترجعوهن إلى الكفار، لا هن حل لهم، ولا هم يحلون لهن﴾ ولأن في هذا الزواج خوف وقوع المؤمنة في الكفر؛ لأن الزوج يدعوها عادة إلى دينه، والنساء في العادة يتبعن الرجال فيما يؤثرون من الأفعال، ويقلدونهم في الدين، بدليل الإشارة إليه في آخر الآية: ﴿أولئك يَدْعون إلى النار﴾ أي يدعون المؤمنات إلى الكفر، والدعاء إلى الكفر دعاء إلى النار؛ لأن الكفر يوجب النار، فكان زواج الكافر المسلمة سبباً داعياً إلى الحرام، فكان حراماً. والنص وإن ورد في المشركين، لكن العلة وهي الدعاء إلى النار يعم الكفرة أجمع، فيتعمم الحكم بعموم العلة.

وعليه لا يجوز زواج الكتابي بالمسلمة، كما لا يجوز زواج الوثني والمجوسي بالمسلمة أيضاً؛ لأن الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ فلو جاز تزويج الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل، وهذا لا يجوز.

الزواج بالكتابيات: الكتابية هي التي تؤمن بدين سماوي، كاليهودية والنصرانية. وأهل الكتاب: هم أهل التوراة والإنجيل، لقوله تعالى: ﴿أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾.

وقد أجمع العلماء على إباحة الزواج بالكتابيات، لقوله تعالى: ﴿اليوم أحل لكم الطيبات، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم، وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ والمراد بالمحصنات في الآية: العفائف، ويقصد بها حمل الناس على التزوج بالعفائف، لما فيه من تحقيق الود والألفة بين الزوجين، وإشاعة السكون والاطمئنان.

ولأن الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة، فتزوج عثمان رضي الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية، وأسلمت عنده، وتزوج حذيفة رضي الله عنه بيهودية من أهل المدائن. وسئل جابر رضي الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، فقال: تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص.

والسبب في إباحة الزواج بالكتابية بعكس المشركة: هو أنها تلتقي مع المسلم في الإيمان ببعض المبادئ الأساسية، من الاعتراف بإله، والإيمان بالرسل وباليوم الآخر، وما فيه من حساب وعقاب. فوجود نواحي الالتقاء وجسور الاتصال على هذه الأسس يضمن توفير حياة زوجية مستقيمة غالباً، ويرجى إسلامها؛ لأنها تؤمن بكتب الأنبياء والرسل في الجملة.

والحكمة في أن المسلم يتزوج باليهودية والنصرانية، دون العكس: هي أن المسلم يؤمن بكل الرسل، وبالأديان في أصولها الصحيحة الأولى، فلا خطر منه على الزوجة في عقيدتها أو مشاعرها، أما غير المسلم فلا يؤمن بالإسلام فيكون هناك خطر محقق بحمل زوجته على التأثر بدينه، والمرأة عادة سريعة التأثر والانقياد، وفي زواجها إيذاء لشعورها وعقيدتها.

كراهة الزواج بالكتابيات : لكن يكره ـ عند الحنفية والشافعية ، وعند المالكية في رأي ـ للمسلم الزواج بالكتابية الذمية ، وقال الحنابلة : زواجه بها خلاف الأولى ؛ لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : «طلقوهن» فطلقوهن إلا حذيفة ، فقال له عمر : «طلقها» قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خمرة ، طلقها ، قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خمرة ، قال : قد علمت أنها خمرة ، ولكنها لي حلال . فلما كان بعد ، طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي . ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته ، وربما كان بينهما ولد ، فيميل إليها .

أما الحربية فيحرم تزوجها عند الحنفية إذا كانت في دار الحرب ؛ لأن تزوجها فتح لباب الفتنة ، وتكره عند الشافعية ، وعند المالكية في رأي ، والزواج بها خلاف الأولى عند الحنابلة .

ففي الزواج بالكتابيات وبالأولى الحربيات مضار اجتماعية ووطنية ودينية ، فقد ينقلن لبلادهن أخبار المسلمين ، وقد يرغبن الأولاد في عقائد وعادات غير المسلمين ، وقد يؤدي الزواج بهن إلى إلحاق ضرر بالمسلمات بالإعراض عنهن ، وقد تكون الكتابية منحرفة السلوك ، بدليل ما يأتي :

روى الجصاص في تفسيره : أن حذيفة بن اليمان تزوج بيهودية ، فكتب إليه عمر : أن خل سبيلها ، فكتب إليه حذيفة : أحرام هي ؟ فكتب إليه عمر : لا ، ولكني أخاف أن تواقعوا المومسات منهن ، يعني العواهر .

وروى الإمام محمد هذا الأثر في كتابه «الآثار» على النحو الآتي :

إن حذيفة تزوج بيهودية بالمدائن ، فكتب إليه عمر : أن خل سبيلها ، فكتب إليه : أحرام ياأمير المؤمنين ؟ فكتب إليه عمر : أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا ، حتى تخلي سبيلها ، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون ، فيختارون نساء أهل الذمة لجمالهن ، وكنَّ بذلك فتنة لنساء المسلمين .

يتبين من ذلك أن عمر رضي الله عنه منع حذيفة من الزواج بالكتابية، لما فيه من الضرر، وهو إما الوقوع في زواج المومسات منهن، أو تتابع المسلمين في زواج الكتابيات، وترك المسلمات بلا زواج.

رأي الشافعية في زواج الكتابية : هذا هو حكم الزواج بالكتابيات، يجوز عند الجمهور بلا شرط، لكن قيد الشافعية الزواج بالكتابية بقيد، فقالوا[1]:

تحل كتابية، لكن تكره حربية، وكذا ذمية على الصحيح، لما في الميل إليها من خوف الفتنة، والكتابية: يهودية أو نصرانية، لا متمسكة بالزبور وغيره كصحف شيث وإدريس وإبراهيم عليه السلام.

فإن كانت الكتابية إسرائيلية: فيحل الزواج بها إذا لم يعلم دخول أول من تدين من آبائها في دين اليهودية بعد نسخه وتحريفه، أو شك فيها، لتمسكهم بذلك الدين حين كان حقاً، وإلا فلا تحل لسقوط فضيلة ذلك الدين.

وإن كانت نصرانية: فالأظهر حلها للمسلم إن علم دخول قومها، أي آبائها أي أول من تدين منهم في ذلك الدين ـ أي دين عيسى عليه السلام، قبل نسخه وتحريفه، لتمسكهم بذلك الدين حين كان حقاً. فإن دخلوا فيه بعد التحريف فالأصح المنع، وإن تمسكوا بغير المحرف فتحل في الأظهر.

والراجح لدي هو قول الجمهور، لإطلاق الأدلة القاضية بجواز الزواج بالكتابيات، دون تقييد بشيء.

الزواج بالمجوسيات : قال أكثر الفقهاء[2]: ليس المجوس أهل كتاب، للآية المتقدمة: ﴿أن تقولوا: إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ فأخبر تعالى: أن

---

(١) مغني المحتاج: ١٨٧/٣ وما بعدها، المهذب: ٤٤/٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص: ٣٢٧/٢، المغني: ٥٩١/٦، البدائع: ٢٧١/٢.

أهل الكتاب طائفتان، فلو كان المجوس أهل كتاب لكانوا ثلاث طوائف.

وأيضاً إن المجوس لا ينتحلون شيئاً في كتب الله المنزلة على أنبيائه وإنما يقرؤون كتاب زرادشت، وكان متنبياً كذاباً، فليسوا إذاً أهل كتاب.

ويدل له: أن عمر ذكر المجوس بالنسبة لأخذ الجزية منهم، فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم؟ فقال له عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» رواه الشافعي، وهو دليل على أنهم ليسوا من أهل الكتاب[1].

السامرة والصابئة: السامرة: طائفة من اليهود، والصابئة: طائفة من النصارى.

قال أبو حنيفة والحنابلة: إنهم أهل كتاب، فيجوز للمسلم الزواج بالصابئات؛ لأن الصابئة قوم يؤمنون بكتاب، فإنهم يقرؤون الزبور، ولا يعبدون الكواكب، ولكن يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة في الاستقبال إليها، ولكنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم، وذا لا يمنع الزواج كاليهود مع النصارى.

وقال الصاحبان: لا يجوز الزواج بهن؛ لأن الصابئة قوم يعبدون الكواكب، وعابد الكواكب كعابد الوثن، فلا يجوز للمسلمين مناكحتهم.

وقيل: ليس هذا باختلاف في الحقيقة، وإنما الاختلاف لاشتباه مذهبهم. لذا من اعتبر الصابئة من عبدة الأوثان: وهم الذين يعبدون الكواكب، حرم مناكحتهم. ومن فهم أن مناكحتهم حلال، فهم أن لهم كتاباً يؤمنون به.

---

(١) نيل الأوطار: ٥٦/٨، وروى سفيان عن الحسن بن محمد، قال: كتب النبي ﷺ إلى مجوس هَجَر يدعوهم إلى الإسلام، قال: فإن أسلمتم فلكم مالنا، وعليكم ما علينا، ومن أبى فعليه الجزية غير أكل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم.

وهذا هو الحق، ويتفق مع رأي الشافعية القائلين: إن خالفت السامرة اليهود، والصابئون النصارى في أصل دينهم، حَرُمن، وإلا فلا، أي إن وافقت السامرة اليهود، والصابئة النصارى في أصل دينهم حلت. وهذا هو ما قرره القدوري في الكتاب، وهو حجة لدى الحنفية، فقال: يجوز تزوج الصابئيات إذا كانوا يؤمنون بنبي ويقرون بكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكب، ولا كتاب لهم، لم تجز مناكحتهم[1].

المتولد من وثني وكتابية: إذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر وثنياً، لم يحل نكاحها؛ لأنها ليست كتابية خالصة، ولأنها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل، فلم تحل، تغليباً للتحريم؛ لأنه إذا اجتمع الحلال والحرام، غلب الحرام الحلال[2].

تغيير الكتابي دينه إلى دين آخر: إذا انتقل الكتابي أو المجوسي إلى دين آخر غير دين أهل الكتاب كالوثنية، أي توثن، لم يقر عليه، ويقتل في أحد الرأيين إن لم يرجع، لعموم الحديث: «من بدل دينه فاقتلوه»[3] وفي رأي آخر: لا يقتل، بل يكره على العودة إلى دينه السابق بالضرب والحبس.

وإذا انتقلت امرأة المسلم الذمية إلى دين غير دين أهل الكتاب، فهي كالمرتدة، ينفسخ نكاحها مع المسلم إن لم تعد إلى دينها في أثناء العدة عند الشافعية والحنابلة.

وأما إذا انتقل الكتابي إلى دين كتابي آخر، كأن تهود النصراني أو تنصر اليهودي، لم يقر بالجزية ولا يقبل منه إلا الإسلام في الأظهر عند الشافعية، وفي رواية عن أحمد، لقوله تعالى: ﴿ومن يبتغ غير الإسلام ديناً، فلن يقبل منه﴾ وقد

---

(١) اللباب: ٣/٧.

(٢) مغني المحتاج: ٣/١٨٩، المغني: ٦/٥٩٢، المهذب: ٢/٤٤.

(٣) رواه الجماعة إلا مسلماً عن ابن عباس (نيل الأوطار: ٧/١٩٠).

أحدث ديناً باطلاً بعد اعترافه ببطلانه، فلا يقر عليه، كما لو ارتد المسلم.

ويقر عليه في قول أبي حنيفة ومالك، وفي الراجح من الروايتين عند الحنابلة؛ لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب، فلا نتعرض له. وأما حديث «من بدل دينه فاقتلوه» فهو محمول على دين الإسلام، إذ هو الدين المعتبر شرعاً.

ولو تهود وثني أو تنصر، لم يقر عند الشافعية، ويتعين الإسلام في حقه، كمسلم ارتد، فإنه يتعين في حقه الإسلام. ويقر عند أبي حنيفة ومالك والحنابلة في الراجح[1]، لأن الكفر كله ملة واحدة، إذ هو تكذيب الرب تعالى فيما أنزل على رسله عليهم السلام.

ارتداد الزوجين أو أحدهما: قال الشافعية، والحنابلة في الراجح والمالكية: لو ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول تنجزت الفُرْقة، أي انفسخ النكاح في الحال. وإن كانت الردة بعد الدخول، توقفت الفرقة أو الفسخ على انقضاء العدة، فإن جمعهما الإسلام في العدة، دام النكاح، وإن لم يجمعهما في العدة انفسخ النكاح من وقت الردة، لكن لو وطئ الزوج لا حد عليه للشبهة، وهي بقاء أحكام النكاح، وتجب العدة منه. وإذا أسلمت المرأة قبل الرجل فأسلم في عدتها، أو أسلما معاً، فتتقرر الزوجية بينهما، وإن أسلم أحدهما ولم يتبعه الآخر في العدة، انفسخ زواجهما. وكذلك قال الحنفية: تقع الفرقة بين الزوجين إذا حكم بصحة الارتداد[2]، وقد صح أن رجلاً من بني تغلب وكانوا من النصارى، أسلمت زوجته، وأبى هو، ففرق عمر بينهما، وقال ابن عباس: «إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها، فهي أملك لنفسها».

---

(١) البدائع: ٢٧١/٢ - ٢٧٢، اللباب: ٢٦/٣، ٢٨، العناية على فتح القدير: ٣٩٦/٤، الشرح الصغير: ٤٢٢/٢، الشرح الكبير: ٣٠١/٤، مغني المحتاج: ١٨٩/٣ - ١٩١، المغني: ٥٩٣/٦ وما بعدها، ١٣٠/٨، المهذب: ٥٢/٢.

(٢) المراجع السابقة.

أنكحة الكفار غير المرتدين : هل عقود زواج غير المسلمين بعضهم لبعض صحيحة أم فاسدة ؟

للفقهاء رأيان : فقال المالكية[1] : أنكحة غير المسلمين فاسدة ؛ لأن للزواج في الإسلام شرائط لا يراعونها ، فلا يحكم بصحة أنكحتهم .

وقال الجمهور[2] : أنكحة الكفار غير المرتدين صحيحة يقرون عليها ، إذا أسلموا . أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة عند الشافعية والحنابلة ممن يجوز ابتداء الزواج بها ، بأن لم تكن من المحارم ، فنقرهم على ما نقرهم عليه لو أسلموا ، ونبطل ما لا نقر ، والأصح عند الحنفية أن كل نكاح حرم لحرمة المحل كمحارم ، يقع جائزاً . واتفق هؤلاء الجمهور على أنه لا يعتبر فيه صفة عقدهم وكيفيته ، ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول ، وأشباه ذلك ، فيجوز في حقهم ما اعتقدوه ، ويقرون عليه بعد الإسلام .

وينبني على رأي الجمهور أن تثبت أحكام الزواج المقررة كالمسلمين من وجوب النفقة ووقوع الطلاق ونحوهما من عدة ونسب وتوارث بزواج صحيح ، وحرمة مطلقة ثلاثاً . ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم لبعض وإن اختلفت شرائعهم ؛ لأن الكفر كله ملة واحدة .

ودليلهم قوله عز وجل : ﴿ وقالت امرأة فرعون ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وامرأته حمَّالة الحطب ﴾ ولو كانت أنكحتهم فاسدة ، لم تكن امرأته حقيقة ، ولأن النكاح سنة آدم عليه السلام ، فهم على شريعته ، وقال النبي عليه الصلاة والسلام : « ولدت من نكاح ، لا من سفاح »[3] أي لا من زنا ، والمراد به نفي ما كانت عليه الجاهلية من أن

---

(١) الشرح الصغير : ٤٢٢/٢ .

(٢) البدائع : ٢٧٢/٢ ، الدر المختار : ٥٠٦/٢ ، ٥٣٠ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٩٣/٣ ، ١٩٥ ، المغني : ٦١٣/٦ .

(٣) رواه الطبراني في الأوسط وأبو نعيم وابن عساكر عن علي بلفظ « خرجت من نكاح ، ولم أخرج من سفاح ، من لدن آدم إلى أن ولدني أبي وأمي » تكلم في راو من رواته وبقية رجاله ثقات (مجمع الزوائد : ٢١٤/٨) .

المرأة تسافح رجلاً مدة ثم يتزوجها، فإنه ﷺ سمى ما وجد قبل الإسلام من أنكحة الجاهلية نكاحاً، ولو قلنا بفساد أنكحتهم لأدى إلى أمر قبيح هو الطعن في نسب كثير من الأنبياء.

ولحديث غيلان وغيره ممن أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة، فأمره ﷺ باختيار أربع منهن، ومفارقة الباقي[1]، ولم يسأل عن شرائط النكاح، فلا يجب البحث عن شرائط أنكحتهم، فإنه ﷺ أقرهم عليها، وهو لا يقر أحداً على باطل.

ولأنهم لو ترافعوا إلينا، لم نبطله قطعاً، ولو أسلموا أقررناه.

٤ـ أخت الزوجة ومحارمها (الجمع بين الأخت وعمتها أو خالتها أو غيرها من المحارم)[2]: يحرم على الرجل أن يجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها أو كل من كانت مَحْرماً لها: وهي كل امرأة لو فرضت ذكراً حرمت عليها الأخرى. وذلك سواء أكانت المحرم شقيقة، أم لأب، أم لأم.

لقوله تعالى في بيان محرَّمات النساء: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ ولأن الجمع بين ذوات الأرحام يفضي إلى قطيعة الرحم، بسبب ما يكون عادة بين الضرتين من غَيْرة موجبة للتحاسد والتباغض والعداوة، وقطيعة الرحم حرام، فما أدى إليه فهو حرام.

والجمع بين المرأة وابنتها حرام أيضاً، كالجمع بين الأختين، بل هو أولى؛ لأن قرابة الولادة أقوى من قرابة الأخوة، فالنص الوارد في الجمع بين الأختين وارد هنا من طريق الأولى.

وكذلك الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها حرام أيضاً كالجمع بين الأختين؛ لأن

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي عن ابن عمر (نيل الأوطار: ١٥٩/٦ وما بعدها).

(٢) الجمع بين الزوجات نوعان: جمع بين ذوات الأرحام، وجمع بين الأجنبيات بأكثر من أربع.

العمة بمنزلة الأم لبنت أخيها، والخالة بمنزلة الأم لبنت أختها. وصرحت السنة بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، عن أبي هريرة قال: «نهى النبي ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها»[1] وفي رواية الترمذي وغيره: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنت أختها، لا الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى» ولا يخفى أن هذا الحديث خصص عموم قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾[2]، ولأن الجمع بين ذواتي محرم في النكاح سبب لقطيعة الرحم؛ لأن الضرتين يتنازعان ولا يختلفان ولا يأتلفان عرفاً وعادة، وهو يفضي إلى قطع الرحم، وإنه حرام، والنكاح سبب لذاك فيحرم، حتى لا يؤدي إليه. وقد أشار النبي ﷺ إلى علة النهي في رواية ابن حبان وغيره: «إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم».

قاعدة الجمع بين المحارم: استنبط الفقهاء من النصين: القرآني والنبوي قاعدة لتحريم الجمع بين المحارم هي: «يحرم الجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً، لا يجوز له نكاح الأخرى من الجانبين جميعاً» أو «يحرم الجمع بين كل امرأتين أيتهما قدرت ذكراً، حرمت عليه الأخرى»[3].

فلا يحل الجمع بين الأختين؛ لأننا لو فرضنا كل واحدة منهما رجلاً، لم يجز له التزوج بالأخرى؛ لأنها أخته. ولا يحل الجمع بين المرأة وعمتها؛ لأن كل واحدة لو فرضت رجلاً، كان عماً للأخرى، ولا يجوز للرجل أن يتزوج بعمته. وكذلك يحرم

---

(١) رواه الجماعة (سبل السلام : ١٢٤/٣ ، نيل الأوطار : ١٤٦/٦) .

(٢) قيل : ويلزم الحنفية أن يجوزوا الجمع بين من ذكر ؛ لأن أصولهم تقديم عموم الكتاب على أخبار الآحاد ، إلا أنه أجاب صاحب الهداية بأنه حديث مشهور ، والمشهور له حكم القطعي سيا مع الإجماع من الأمة ، وعدم الاعتداد بالمخالف . ووصفه صاحب البدائع بأنه حديث مشهور .

(٣) البدائع : ٢٦٢/٢ ، الدر المختار : ٣٩١/٢ ، مغني المحتاج : ١٨٠/٣ ، اللباب : ٦/٣ ، المهذب : ٤٣/٢ ، بداية المجتهد :٤٠/٢ ـ ٤٢ ، المغني : ٥٧٤/٦ ، كشاف القناع : ٨٠/٥ .

الجمع بين المرأة وخالتها، إذ لو فرضنا كل واحدة منهما رجلاً كان خالاً للأخرى، ولا يصح للرجل أن يتزوج بنت أخته.

فإن فرض كون كل منهما رجلاً، وجاز له أن يتزوج بالأخرى كالمرأة وابنة عمها، جاز الجمع بينهما، لأنها تكون ابنة عمه، وللرجل أن يتزوج بابنة عمه.

وإن كان تحريم الزواج على فرض واحد من أحد الجانبين دون الآخر، فلا يحرم الجمع بينهما، كالمرأة وابنة زوج كان لها من قبل من غيرها، وكالمرأة وزوجة كانت لأبيها؛ لأنه لا رحم بينهما، فلم يوجد الجمع بين ذواتي رحم، إذ لو فرضنا في المثال الأول البنت رجلاً، لم يجز له أن يتزوج بهذه المرأة؛ لأنها زوجة أبيه، أما عند فرض المرأة: زوجة الأب رجلاً، فتزول عنه صفة زوجة الأب، فيجوز له الزواج بالبنت، إذ هي أجنبية عنه. وقد جمع عبد الله بن جعفر بن أبي طالب بين زوجة عمه علي، وهي ليلى بنت مسعود النهشلية، وبين ابنته من غيرها وهي أم كلثوم بنت السيدة فاطمة رضي الله عنها، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة.

ويجوز الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال بالاتفاق، لعدم النص فيهما بالتحريم، ودخولهما في عموم قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ ولأن إحداهما تحل لها الأخرى لو كانت ذكراً. وفي كراهة زواجهما رأيان: رأي بالكراهة خوف قطيعة الرحم، وهو مروي عن ابن مسعود والحسن البصري، وأحمد في رواية عنه، ورأي بعدم الكراهة؛ إذ ليست بينهما قرابة تحرم الجمع، وهو منقول عن الشافعي والأوزاعي.

حكم العقد على الأختين ونحوهما:

إذا تزوج رجل امرأتين بينهما محرمية كالأختين وكالبنت وخالتها، والبنت وعمتها ففي حكم الزواج تفصيل[1]:

---

(١) البدائع: ٢٦٣/٢، اللباب مع الكتاب: ٢٢/٣.

أ ـ إن تزوجها معاً في عقد واحد، فسد زواجها معاً ولم يبطل؛ لأن إحداهما ليست أولى بفساد الزواج من الأخرى، فيفرق بينه وبينهما، ثم إنه إن كان التفريق قبل الدخول فلا شيء لهما، أي لا مهر لهما، ولا عدة عليهما؛ لأن الزواج الفاسد لا حكم له قبل الدخول، وكذلك بعد الخلوة.

وإن كان قد دخل بهما، فلكل واحدة منهما عند الحنفية مهر المثل على ألا يزيد عن المسمى، لرضاها به، كما هو حكم الزواج الفاسد، وعليهما العدة؛ لأن هذا هو حكم الدخول في الزواج الفاسد.

ب ـ وإن تزوج كلاً منهما بعقد مستقل، الواحدة بعد الأخرى، صح زواج الأولى وفسد زواج الثانية؛ لأن الجمع حصل بزواج الثانية، فاقتصر الفساد عليه، ويفرق بينه وبين الثانية. فإن تم التفريق قبل الدخول فلا شيء لها ولا عدة عليها، وإن تم التفريق بعد الدخول، وجب لها مهر المثل على ألا يزيد عن المسمى لرضاها به؛ لأن «الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عَقْر ـ أي حد زاجر ـ أو عُقْر ـ أي مهر جابر» وقد سقط الحد بشبهة العقد، فيجب مهر المثل دون زيادة على المسمى. وعليها العدة.

ويحرم على الزوج أن يطأ الأولى، أي قربان زوجته الأولى حتى تنقضي عدة الثانية، لئلا يكون جامعاً بينهما، والجمع بين المحارم حرام.

جـ ـ وإن تزوج كلاً منهما بعقدين لا يدري أيهما الأول، يفرق بينه وبينهما؛ لأن زواج إحداهما فاسد بيقين، وهي مجهولة، ولا يتصور حصول مقاصد الزواج من المجهولة، فلا بد من التفريق. فإن ادعت كل واحدة منهما أنها هي الأولى ولا بينة لها، يقضى لها بنصف المهر؛ لأن الزواج الصحيح أحدهما، وقد حصلت الفرقة قبل الدخول، لا بسبب المرأة، فكان الواجب نصف المهر، ويكون بينهما لعدم الترجيح، إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى.

وقال الجمهور: إن جمع بين الأختين ونحوهما من رضاع أو نسب بعقد واحد بطل نكاحهما، وإن كان مرتباً بطل الثاني، ولمن دخل بها مهر المثل[1].

الجمع بين الأختين ونحوهما في العدة[2]:

اتفق الفقهاء على أنه يجوز الجمع بين المرأة ومحارمها بعد الفرقة بسبب وفاة إحداهما، فلو ماتت زوجة رجل، جاز له أن يتزوج بأختها أو عمتها مثلاً من غير انتظار مدة بعد الوفاة.

واتفقوا أيضاً على عدم جواز الجمع بين المرأة ومحارمها في أثناء العدة من طلاق رجعي، فلو طلق زوجته طلاقاً رجعياً، لم يجز له الزواج بواحدة من قريباتها المحارم إلا بعد انقضاء العدة؛ لأنها باقية في حكم الزواج السابق.

واختلفوا في الجمع بين المحارم إذا كانت إحداهن معتدة من طلاق بائن. فقال الحنفية والحنابلة: يحرم الجمع بين الأختين ومن في حكمها إذا كانت واحدة منهما في أثناء العدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى؛ لقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يجمع ماءه في رحم أختين»[3]، ولأن البائن ممنوعة من الزواج في العدة لحق الزوج، فأشبهت الرجعية، ولأن الزواج بالأخت ونحوها من المحارم في العدة يؤدي إلى قطيعة الرحم، التي أمر الله بوصلها. وهذا الرأي هو الراجح.

وقال المالكية والشافعية: يصح الزواج بأخت المطلقة ومن في حكمها من المحارم في أثناء العدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، لانقطاع أثر الزواج السابق، فلا تحل لمن طلقها إلا بعقد جديد، وحينئذ لا تجتمع المرأتان في حكم فراش واحد.

---

(١) مغني المحتاج: ١٨٠/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٠٩، كشاف القناع: ٨١/٥.

(٢) الدر المختار: ٣٩٠/٢، اللباب: ٦/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٠٩، المهذب: ٤٣/٢، كشاف القناع: ٨١/٥ - ٨٢.

(٣) كشاف القناع: ٨١/٥.

وذكر الحنابلة[1] : أنه لو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية ، أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع ، أو فسخ بعيب أو إعسار أو غيره ، لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته ، حتى تنقضي عدتها .

وإن أسلمت زوجته ، فتزوج أختها في عدتها ، ثم أسلما في عدة الأولى ، اختار منهما واحدة ، كما لو تزوجهما معاً . وإن أسلم الرجل بعد انقضاء عدة الأولى ، بانت منه ، وثبت نكاح الثانية .

وإن زنى الرجل بامرأة ، فليس له أن يتزوج بأختها ، حتى تنقضي عدتها . وحكم العدة من الزنا ، والعدة من وطء الشبهة ، كحكم العدة من النكاح .

فإن زنى بأخت امرأته ، فقال أحمد : يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض المزني بها ثلاث حيضات . وقد ذكر عن أحمد في المزني بها : أنها تستبرأ بحيضة واحدة ؛ لأنه وطء من غير نكاح ، ولا أحكامه أحكام النكاح .

وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها ، وكذبته ، أبيح له نكاح أختها ، وأربع سواها في الظاهر . أما في الباطن فيبني على صدقه في ذلك ؛ لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى ، فيقبل قوله فيه .

٥ـ المرأة الخامسة لمتزوج بأربع سواها (الجمع بين الأجنبيات) :

لا يجوز للرجل في مذهب أهل السنة أن يتزوج أكثر من أربع زوجات في عصمته في وقت واحد ولو في عدة مطلقة ، فإن أراد أن يتزوج بخامسة ، فعليه أن يطلق إحدى زوجاته الأربع ، وينتظر حتى تنقضي عدتها ، ثم يتزوج بمن أراد ؛ لأن النص القرآني لا يبيح للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع في وقت واحد ، وهو قوله تعالى :

(١) المغني : ٥٤٤/٦ وما بعدها .

﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى، فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدةً، أو ما ملكت أيمانكم، ذلك أدنى ألا تعولوا ﴾ والمعنى: إن علمتم الوقوع في ظلم اليتامى، فلم تعدلوا في مهورهن أو في نكاحهن، أو تحرجتم من الولاية عليهم، فخافوا أيضاً من ظلم النساء عامة، وقللوا عدد الزوجات، واقتصروا على أربع منهن، فإن خفتم الجور في الزيادة على الواحدة، فاقتصروا على زوجة واحدة. ويلاحظ أن لفظ مثنى معدول به عن اثنين اثنين، تقول: جاءني القوم مثنى أي اثنين اثنين. وهكذا ثلاث ورباع، بياناً لأنواع الزيجات وفئات الناس وما يباح لهم أثناء تعدد الزوجات، فالعطف بالواو للتخيير لا للجمع.

ويوضح مدلول الآية حديث ابن عمر، قال: «أسلم غيلان الثقفي وتحته عشر نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً»[(١)].

وروى أبو داود وابن ماجه عن قيس بن الحارث قال: أسلمت وعندي ثمانُ نسوة، فأتيت النبي ﷺ، فذكرت ذلك له، فقال: اختر منهن أربعاً.

وروى الشافعي عن نوفل بن معاوية أنه أسلم وتحته خمس نسوة، فقال له النبي ﷺ: أمسك أربعاً، وفارق الأخرى[(٢)].

ولم ينقل عن أحد من السلف في عهد الصحابة والتابعين أنه جمع في عصمته أكثر من أربع، فدل العمل وفق السنة على أنه لا يجوز الزواج بأكثر من أربع نسوة، والأحاديث في مجموعها لا تقتصر عن رتبة الحسن لغيره، فتنتهض بمجموعها للاحتجاج، وإن كان كل واحد منها لا يخلو عن مقال، كما ذكر الشوكاني.

وذهب الظاهرية والإمامية إلى أنه يجوز للرجل أن يتزوج تسعاً، أخذاً بظاهر

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي عن ابن عمر (نيل الأوطار: ١٥٩/٦ وما بعدها).

(٢) راجع الحديثين في نيل الأوطار: ١٤٩/٦، لكن في حديث قيس ضعيف، وفي إسناد حديث نوفل رجل مجهول.

الآية : ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ فـالواو للجمع لا للتخيير، أي يكون المجموع تسعـة.
وأجيب عن ذلك بأن الآيـة محمولـة على عـادة العرب في خطـاب النـاس على طريق المجموعات، وأريد بها التخيير بين الزواج بـاثنتين وثلاث وأربع، كما في قوله تعـالى: ﴿ جاعل الملائكة رسلاً أولي أجنحـة مثنى وثلاث وربـاع ﴾ أي أنهم فئـات، فمنهم ذو الجنـاحين، ومنهم ذو الثـلاثـة أجنحـة، ومنهم ذو الأربعـة أجنحـة؛ لأن المثنى ليس عبـارة عن الاثنين، بـل أدنى مـا يراد بـالمثنى مرتـان من هـذا العـدد، وأدنى مـا يراد بالثلاث ثلاث مرات من العدد، وكذا الرباع.

السبب في الاقتصار على أربع : إن إباحة الزواج بأربع فقـط قـد يتفق في رأينـا مـع مبـدأ تحقيـق أقصى قـدرات وغـايـات بعض الرجـال، وتلبيـة رغبـاتهم وتطلعاتهم مع مرور كل شهر، بسبب طروء دورة العادة الشهرية بمقـدار أسبوع لكل واحد منهن، ففي المشروع غنى وكفـايـة، وسـد للبـاب أمـام الانحرافـات، ومـا قـد يتخذه بعض الرجال من عشيقات أو خدينـات أو وصيفـات، ثم إن في الزيـادة على الأربع خـوف الجـور عليهن بـالعجـز عن القيـام بحقـوقهن؛ لأن الظـاهر أن الرجـل لا يقدر على الوفاء بحقوقهن، وإلى هذا أشار القرآن بقولـه عز وجل : ﴿ فـإن خفتم ألا تعدلوا فواحـدة ﴾ أي لا تعـدلوا في القسم والجمـاع والنفقـة في زواج المثنى، والثلاث، والرباع، فواحدة، فهو أقرب إلى عدم الوقوع في الظلم[1].

وإذاً .. الاقتصار على أربع عدل وتوسط، وحمـايـة للنسـاء من ظلم يقع بهن من جراء الزيادة، وهو بخلاف ما كان عليه العرب في الجاهلية والشعوب القـديمـة حيث لا حد لعدد الزوجات وإهمال بعضهن.

وهذه الإباحة أضحت أمراً استثنـائيـاً نـادراً، فلا تعني أن كل مسلم يتزوج أكثر من واحدة، بل أصبح مبدأ وحدة الزوجة هو الغالب الأعظم.

---

(١) البدائع : ٢/٢٦٦ .

قيود إباحة التعدد :

اشترطت الشريعة لإباحة التعدد شرطين جوهريين هما :

١ ـ توفير العدل بين الزوجات : أي العدل الذي يستطيعه الإنسان ، ويقدر عليه ، وهو التسوية بين الزوجات في النواحي المادية من نفقة وحسن معاشرة ومبيت ، لقوله تعالى : ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ، أو ما ملكت أيمانكم ، ذلك أدنى ألا تعولوا ﴾ فإنه تعالى أمر بالاقتصار على واحدة إذا خاف الإنسان الجور وعدم العدل بين الزوجات .

وليس المراد بالعدل ـ كما بينا في أحكام الزواج الصحيح ـ هو التسوية في العاطفة والمحبة والميل القلبي ، فهو غير مراد ؛ لأنه غير مستطاع ولا مقدور لأحد ، والشرع إنما يكلف بما هو مقدور للإنسان ، فلا تكليف بالأمور الجبلية الفطرية التي لا تخضع للإرادة مثل الحب والبغض .

ولكن خشية سيطرة الحب على القلب أمر متوقع ، لذا حذر منه الشرع في الآية الكريمة : ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ، ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل ، فتذروها كالمعلقة ﴾ وهو كله لتأكيد شرط العدل ، وعدم الوقوع في جور النساء ، بترك الواحدة كالمعلقة ، فلا هي زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ، ولا هي مطلقة . والعاقل : من قدر الأمور قبل وقوعها ، وحسب للاحتمالات والظروف حسابها ، فالآية تنبيه على خطر البواعث والعواطف الداخلية ، وليست كما زعم بعضهم لتقرير أن العدل غير مستطاع ، فلا يجوز التعدد ، لاستحالة تحقق شرط إباحته .

٢ ـ القدرة على الإنفاق : لا يحل شرعاً الإقدام على الزواج ، سواء من واحدة أو من أكثر إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه ، والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج ، لقوله ﷺ : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج ... » والباءة : مؤنة النكاح .

حكمة تعدد الزوجات :

إن نظام وحدة الزوجة هو الأفضل وهو الغالب، وأما تعدد الزوجات فهو أمر نادر استثنائي، لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة الملحة، ولم توجبه الشريعة على أحد، بل ولم ترغب فيه، وإنما أباحته الشريعة لأسباب عامة وخاصة.

أما الأسباب العامة: فمنها معالجة حالة قلة الرجال وكثرة النساء، سواء في الأحوال العادية بزيادة نسبة النساء، كشمال أوربا، أم في أعقاب الحروب، كما حدث في ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى، إذ أصبحت نسبة النساء للرجال واحداً إلى أربعة أو إلى ستة، فقامت النساء الألمانيات بمظاهرات يطالبن بالأخذ بنظام تعدد الزوجات، بعد أن قتلت الحرب معظم رجال ألمانيا، وبعد أن كثر اللقطاء في الشوارع والحدائق العامة.

وحينئذ يصبح نظام التعدد ضرورة اجتماعية وأخلاقية، تقتضيها المصلحة والرحمة، وصيانة النساء عن التبذل والانحراف، والإصابة بالأمراض الخطيرة، والإيواء في ظل بيت الزوجية الذي تجد فيه المرأة الراحة والطمأنينة، بدلاً من البحث عن الأصحاب الوقتيين، أو حمل لافتات في مواطن إشارات المرور يعلن فيها عن الرغبة في الاتصال الجنسي، أو العرض الرخيص في واجهات بعض المحلات في الشوارع العامة.

ومن هذه الأسباب: احتياج الأمة أحياناً إلى زيادة النسل، لخوض الحروب والمعارك ضد الأعداء، أو للمعونة في أعمال الزراعة والصناعة وغيرها.

وقد أباحت اليهودية تعدد الزوجات، ولم يرد في المسيحية نص يمنع التعدد، وأذنت به الكنيسة في عصرنا للأفارقة المسيحيين.

ومن هذه الأسباب: الحاجة الاجتماعية إلى إيجاد قرابات ومصاهرات لنشر الدعوة الإسلامية كما حدث للنبي ﷺ، فإنه عدد زوجاته التسع بعد سن الرابعة

والخمسين من أجل نشر دعوته وكسب الأنصار لدين الله الجديد . وبقي إلى هذه السن على زوجة واحدة هي السيدة خديجة رضي الله عنها .

وأما الأسباب الخاصة فكثيرة منها :

١ ـ عقم المرأة أو مرضها ، أو عدم توافق طباعها مع طباع الزوج :

فقد تكون المرأة عقيماً لا تلد ، أو أن بها مرضاً منفراً يحول بينها وبين تحقيق رغبات الزوج ، أو أن طبعها لم ينسجم مع طبع الزوج ، فيكون من الأفضل والأرحم ومن المروءة أن تظل هذه الزوجة في رباط الزوجية ؛ لأنه أكرم لها وأحب إلى نفسها ، وتعطى الفرصة للرجل بالزواج من ثانية تحقق له السعادة بإنجاب الأولاد ، وإرواء غريزة حب الأولاد . وقد يزول مرض المرأة ، وتتحسن طبائعها وأخلاقها مع مرور الزمن ونضوج العقل ، فتجد في زوجها الأمل ، وتنأى به عن الحرمان واليأس والعُقَد النفسية ، وذلك في حدود أربع نسوة تتناسب مع طاقة الرجل وقدرته في الحياة على تحمل أعباء الحياة الزوجية .

وقد بينا أن سبب الاقتصار على أربع هو كونه أقرب إلى تحقيق العدل والرحمة بالمرأة التي ينقطع عنها زوجها ثلاث ليال ثم يعود إليها .

أما ما قد يؤدي إليه التعدد من فساد الأسرة بسبب التحاسد والتنافر بين الضرائر ، أو تشرد الأولاد ، فهو ناشئ غالباً من ضعف شخصية الرجل ، وعدم التزامه بقواعد الشرع وما يوجبه عليه من عدل وقسم في المبيت ، وعناية بالأولاد ، وإحساس كبير بمطالب الحياة الزوجية ، فإذا عدل الرجل بين زوجاته ، وسوى بين أولاده في التربية والتعليم والنفقة ، ووضع حداً لكل زوجة لا تتجاوزه ، فإنه يساهم إلى حد كبير في استئصال كل بذور الفتنة والسوء ، والضغينة والبغضاء بين أفراد أسرته ، وهو خير كبير له ، فيريح فكره من الهموم وحل المشكلات ، ويتفرغ لواجباته المعيشية وأعماله خارج المنزل .

فإن بقي بعدئذ شيء في نفس المرأة أو الأولاد من الغيرة الطبيعية الذاتية ، فهو شيء عادي لا تخلو عنه كل المجتمعات الصغيرة ، و يمكن التغلب على آثاره بالحكمة والعدل .

أما **منع تعدد الأزواج** : ففيه توفير مصلحة المرأة نفسها ، إذ تكون عادة مبعث نزاع حاد بين الرجال ، وتنافس وتزاحم بين الشركاء يلحق بها ضرراً ومتاعب ، وفي هذا التعدد ضرر اجتماعي ، وفساد كبير ، بسبب ضياع الأنساب ، واختلاط أصول الأولاد ، وضياعهم في نهاية الأمر ، إذ قد يتخلى كل هؤلاء الرجال عن إعالتهم ، بحجة أنهم أبناء الآخرين .

٢ ـ اشتداد كراهية الرجل للمرأة في بعض الأوقات : فقد ينشأ نزاع عائلي بين الزوج وأقارب زوجته ، أو بينه وبين زوجته ، وتستعصي الحلول ، وتتأزم المواقف ، و يتصلب الطرفان ، فإما فراق نهائي يأكل كبد المرأة للأبد ، وإما صبر وقتي من الرجل ، تتطلبه الأخلاق والوفاء ، والحكمة والعقل ، ولا شك أن اتخاذ الموقف الثاني بإبقاء الزوجة في عصمة زوجها مع زوجة أخرى أهون بكثير من الطلاق : «أبغض الحلال إلى الله» .

٣ ـ ازدياد القدرة الجنسية لبعض الرجال : قد يكون بعض الناس ذا طاقة جنسية كبيرة ، تجعله غير مكتفٍ بزوجة واحدة ، إما لكبر سنها ، أو لكراهيتها الاتصال الجنسي ، أو لطول عادتها الشهرية ومدة نفاسها ، فيكون الحل لمثل هذه الظروف ومقتضى الدين الذي يتطلب التمسك بالعفة والشرف هو تعدد الزوجات ، بدلاً من البحث عن اتصالات غير مشروعة ، بما فيها من سخط الله عز وجل ، وضرر شخصي واجتماعي عام مؤكد الحصول بشيوع الفاحشة أو الزنا .

والخلاصة : أن إباحة تعدد الزوجات مقيد بحالة الضرورة أو الحاجة أو العذر ، أو المصلحة المقبولة شرعاً .

الدعوة إلى جعل تعدد الزوجات بإذن القاضي :

ظهرت دعوات جديدة في عصرنا تمنع تعدد الزوجات إلا بإذن القاضي ، ليتأكد من تحقق ماشرطه الشرع لإباحة التعدد ، وهو العدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق ؛ لأن الناس وخصوصاً الجهلة أساؤوا استعمال رخصة التعدد المأذون بها شرعاً لغايات إنسانية كريمة . لكن تولى المخلصون دحض مثل هذه الدعوات لأسباب معقولة هي ما يأتي[1] :

١ - إن الله سبحانه وتعالى أناط بالراغب في الزواج وحده تحقيق شرطي التعدد ، فهو الذي يقدر الخوف من عدم العدل ، لقوله تعالى : ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا ، فواحدة ﴾ فإن الخطاب فيه لنفس الراغب في الزواج ، لا لأحد سواه ، من قاض أو غيره ، فيكون تقدير مثل هذا الخوف من قبل غير الزوج مخالفاً لهذا النص . وكذلك البحث في توافر القدرة على الإنفاق ، فإنه منوط بالراغب في الزواج ، لقوله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج .. » فهو خطاب للأزواج ، لا لغيرهم .

٢ - إن إشراف القاضي على الأمور الشخصية أمر عبث ، إذ قد لا يطلع على السبب الحقيقي ، ويخفي الناس عادة عليه ذلك السبب ، فإن اطلع على الحقائق ، كان اطلاعه فضحاً لأسرار الحياة الزوجية ، وتدخلاً في حريات الناس ، وإهداراً لإرادة الإنسان ، وخوضاً في قضايا ينبغي توفير وقت القضاة لغيرها ، ومنعاً وأمراً في غير محله ، فالزواج أمر شخصي بحت ، يتفق فيه الزوجان مع أولياء المرأة ، لا يستطيع أحد تغيير وجهته ، وتبديل قيمه . وإن أسرار البيت المغلقة لا يعلم بها أحد غير الزوجين .

---

(١) الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، للأستاذ الشيخ زكي الدين شعبان : ص ١٩٦ وما بعدها .

٣ - إن تعدد الزوجات ليس بهذه الكثرة المخيفة، وإنما هو على العكس محدود ونادر لا يتجاوز نسبة ٤٪ في مصر وليبيا في الخمسينات، وفي سورية بنسبة ١٪، ومثل هذه النسب لا تستوجب إصدار قوانين خاصة بها، بل إنه إذا صدرت القوانين فلن يتغير من الأمر شيء؛ لأن هذه القضايا تحتاج لضوابط وكوابح داخلية هي الدين والوجدان والأخلاق.

٤ - ليس تعدد الزوجات هو السبب في تشرد الأطفال، كما يزعمون، وإنما السبب يكمن في إهمال الأب تربية النشء، وإدمان الخمر، وتعاطي المخدرات، والانصراف في إرواء اللذات، ولعب الميسر، وارتياد المقاهي، وإهمال شأن الأسرة، وغيرها من الأسباب. وكانت نسبة المتشردين بسبب تعدد الزوجات لا تزيد في مصر في الخمسينات عن ٣٪، ويرجع التشرد في الحقيقة إلى الفقر في الدرجة الأولى. وعلاج مساوئ التعدد يكون بأمرين:

أولاً - تربية الجيل تربية دينية وخلقية حصينة، بحيث يدرك الزوجان خطورة رابطة الزوجية المقدسة، وارتكازها على أساس الود والرحمة، كما قال تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة﴾.

ثانياً - معاقبة من يظلم زوجته، أو يقصر في حقوقها، أو يهمل تربية أحد أولاده، فمن فرط في واجبه يؤاخذ في الدنيا والآخرة.

خلاصة موانع الزواج الشرعية كما ذكرها المالكية:

يحسن تلخيص الموانع الشرعية للزواج في فقه المالكية، لتصنيفها البديع لديهم، فإنهم قسموا كغيرهم هذه الموانع إلى موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة.

والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها، ومختلف فيها، فالمتفق عليها ثلاث: نسب وصهر ورضاع. والمختلف فيها: الزنا واللعان.

والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة :

أحدها : مانع العدد ، والثاني : مانع الجمع ، والثالث : مانع الرق ، والرابع : مانع الكفر ، والخامس : مانع الإحرام ، والسادس : مانع المرض ، والسابع : مانع العدة ، على اختلاف في عدم تأبيده ، والثامن : مانع التطليق ثلاثاً للمطلق . والتاسع : مانع الزوجية . فالموانع الشرعية : أربعة عشر مانعاً[1] .

١ ـ أما مانع النسب : فاتفق الفقهاء على أن النساء المحرمات من قبل النسل : السبع المذكورات في القرآن ، وهن الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ ، وبنات الأخت . والأم : كل أنثى لها عليك ولادة ، من جهة الأم أو من جهة الأب . والبنت : كل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . والأخت : كل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعها أي الأب أو الأم أو كلاهما . والعمة : كل أنثى هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة . والخالة : أخت أمك ، أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة . وبنات الأخ : كل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة . وبنات الأخت : كل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة ، أو من قبل أمها أو من قبل أبيها .

٢ ـ وأما مانع المصاهرة : فيحرم أربع بالمصاهرة : زوجات الآباء ، وزوجات الأبناء ، وأمهات النساء ، وبنات الزوجات (الربائب) ، واتفقوا على أن اثنين منهن يحرمن بنفس العقد : وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة تحرم بالدخول وهي ابنة الزوجة ، وأما أم الزوجة فتحرم عند الجمهور بالعقد على البنت ، دخل بها أو لم يدخل . وفي رأي ضعيف أن الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت ، كالحال في البنت ، وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة .

---

(١) بداية المجتهد : ٣١/٢ ـ ٤٩ ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٤ ـ ٢١٠ ، الشرح الصغير : ٤٠٢/٢ ـ ٤٢٨ .

٣ـ وأما مانع الرضاع : فاتفقوا على أنه يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب ، أي أن المرضعة تنزل منزلة الأم ، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب .

واتفق أئمة المذاهب الأربعة على أن لبن الفحل يحرم ، أي يصير الرجل الذي له اللبن ، وهو زوج المرأة أباً للمرضع ، فيحرم بينهما ومن جهتهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب .

٤ـ وأما مانع الزنا أي زواج الزانية : فأجازه الجمهور ، ومنعه قوم ، ومنشأ اختلافهم : اختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ، وحرم ذلك على المؤمنين ﴾ هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم ؟

٥ـ وأما مانع العدد : فاتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء ، ورأى الجمهور أنه لا تجوز الخامسة ، لقوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة : « أمسك أربعاً ، وفارق سائرهن » وقال الشيعة والظاهرية : يجوز تسع ، ومذهبهم مذهب الجمع ، أي جمع الأعداد في قوله تعالى : ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ .

٦ـ وأما مانع الجمع : فاتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد زواج ، لقوله تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ واتفقوا أيضاً على أنه يحرم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها ، لحديث أبي هريرة المتواتر كما قال ابن رشد ، أو المشهور كما قال الحنفية : « لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » .

والعمة : هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة ، إما بنفسك ، وإما بواسطة ذكر آخر . والخالة : هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة ، إما بنفسها ، وإما بتوسط أنثى غيرها ، وهن المحرمات من قبل الأم .

٧ـ **وأما مانع الرق :** فاتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة ، وللحرة أن تنكح العبد إذا رضيت به هي وأولياؤها . ولا يجوز نكاح الحر الأمة إلا بشرطين عند الجمهور غير ابن القاسم المالكي وهما : الخوف على نفسه العنَت أي الزنا ، والعجز عن طَوْل الحرة أو الكتابية ، أي المهر الذي يتزوجها به من عين أو عرض ، لقوله تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ... ذلك لمن خشي العنَت منكم ﴾[1] . وهذا هو الراجح كما في شروح خليل ، ولكن قال ابن رشد : رأي ابن القاسم هو المشهور من مذهب مالك وهو أنه يجوز زواج الحر من الأمة بإطلاق .

٨ـ **وأما مانع الكفر :** فاتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ ، واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة إلا ما روي في ذلك عن ابن عمر. وقال الشيعة الإمامية[2] في الأظهر من القولين : لا يجوز نكاح الكتابية غبطة ، ويجوز متعة .

٩ـ **وأما مانع الإحرام :** فلا يجوز عند الجمهور نكاح المحرم ، فلا يَنْكح المحرم ولا يُنكح ، فإن فعل فالنكاح باطل . وقال أبو حنيفة : لا بأس بذلك ، لتعارض حديثين : حديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ نكح ميمونة وهو محرم ، وحديث ميمونة أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال . وإذا قلنا : تعارض الفعل فسقط الاستدلال به ، فيرجح القول ، وهو حديث « لا ينكح المحرم ولا ينكح » .

١٠ـ **وأما مانع المرض :** فقال مالك في المشهور عنه : لا يجوز نكاح المريض مرض الموت ، وقال الجمهور: إنه يجوز، وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ؛ لأنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ، ويجوز بيعه . ولاختلافهم أيضاً سبب

---

(١) النساء : ٢٥ .

(٢) المختصر النافع : ص ٢٠٣ .

آخر: وهو هل يتهم في إضرار الورثة بإدخال وارث زائد، أو لا يتهم.

١١ـ وأما مانع العدة: فاتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة، سواء أكانت عدة حيض أم عدة حمل، أم عدة أشهر، وسواء من نكاح أم شبهة نكاح. واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها، فقال مالك والأوزاعي والليث: يفرق بينهما، ولا تحل له أبداً، وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد: يفرق بينهما، وإذا انقضت العدة، فلا بأس في تزوجه إياها مرة ثانية. وسبب اختلافهم اختلاف أقوال الصحابة، فالفريق الأول أخذ بقول عمر رضي الله عنه حينما فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي، لما تزوجها في العدة من زوج ثان، وقال: «أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرِّق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها، فرِّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً».

واحتج الفريق الثاني بقول علي وابن مسعود رضي الله عنهما، خلافاً لرأي عمر رضي الله عنه، فلم يقضيا بتحريمها عليه.

١٢ـ وأما مانع الزوجية: فإنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة، وكذا بين الذميين، لقوله تعالى: ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾.

١٣ـ وأما مانع اللعان: فتقع به عند الجمهور غير الحنفية الفرقة المؤبدة، فلا تحل له أبداً، وإن أكذب نفسه. والفرقة عند أبي حنيفة تنتهي إذا أكذب نفسه.

١٤ـ وأما مانع التطليق ثلاثاً للمطلق: فاتفقوا على أنه لا يجوز للمطلق أن يعقد عليها مرة أخرى حتى تتزوج زواجاً طبيعياً بزوج آخر، ثم يطلقها بنحو طبيعي، ثم تنقضي عدتها من الثاني، لقوله تعالى: ﴿ فإن طلقها، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾.

المحارم من النساء في القانون السوري :

أ ـ المحرمات المؤبدة :

المادة ٣٣ ـ يحرم على الشخص أصوله وفروعه وفروع أبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده .

المادة ٣٤ ـ يحرم على الرجل :

١ ـ زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما .

٢ ـ أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته .

المادة ٣٥ ـ « ١ ـ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه .

٢ ـ يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين ، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات ، يكتفي الرضيع في كل منها ، قل مقدارها أو كثر » .

ب ـ المحرمات المؤقته :

المادة ٣٦ ـ « ١ ـ لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً .

٢ ـ زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق ، ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة » .

المادة ٣٧ ـ لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع ، وتنقضي عدتها .

المادة ٣٨ ـ لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته .

المادة ٣٩ ـ لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً ، حرمت عليه الأخرى ، فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما .

الفصل الرّابع

الأهلية والولاية والوكالة في الزواج

فيه مباحث ثلاثة :

المبحث الأول ـ أهلية الزوجين :

يرى ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي رحمهم الله أنه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا ، لقوله تعالى : ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ فلو جاز التزويج قبل البلوغ ، لم يكن لهذا فائدة ، ولأنه لا حاجة بهما إلى النكاح . ورأى ابن حزم أنه يجوز تزويج الصغيرة عملاً بالآثار المروية في ذلك . أما تزويج الصغير فباطل حتى يبلغ ، وإذا وقع فهو مفسوخ[1] .

ولم يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج : البلوغ والعقل ، وقالوا بصحة زواج الصغير والمجنون .

الصغر : أما الصغر فقال الجمهور منهم أئمة المذاهب الأربعة ، بل ادعى ابن المنذر الإجماع على جواز تزويج الصغيرة من كفء ، واستدلوا عليه بما يأتي[2] :

١ ـ بيان عدة الصغيرة ـ وهي ثلاثة أشهر ـ في قوله تعالى : ﴿ واللائي يئسن من

---

(١) المحلى : ٥٦٠/٩ ، ٥٦٥ .

(٢) المغني : ٤٨٧/٦ ، المبسوط للسرخسي ٢١٢/٤ ، البدائع : ٢٤٠/٢ ، ٢٤٦ ، القوانين الفقهية : ص ١٩٨ ، مغني المحتاج : ١٦٨/٣ وما بعدها .

المحيض من نسائكم إن ارتبتم، فعدتهن ثلاثة أشهر، واللائي لم يحضن﴾ فإنه تعالى حدد عدة الصغيرة التي لم تحض بثلاثة أشهر كاليائسة، ولا تكون العدة إلا بعد زواج وفراق، فدل النص على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها.

٢ـ الأمر بنكاح الإناث في قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾ والأيم: الأنثى التي لا زوج لها، صغيرة كانت أو كبيرة.

٣ـ زواج النبي ﷺ بعائشة وهي صغيرة، فإنها قالت: «تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ستٍ، وبنى بي وأنا ابنة تسع»[1] وقد زوجها أبوها أبو بكر رضي الله عنهما. وزوج النبي ﷺ أيضاً ابنة عمه حمزة من ابن أبي سلمة، وهما صغيران.

٤ـ آثار عن الصحابة: فقد زوج علي ابنته أم كلثوم، وهي صغيرة من عروة بن الزبير، وزوج عروة بن الزبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران. ووهب رجل بنته الصغيرة لعبد الله بن الحسن بن علي، فأجاز ذلك علي رضي الله عنهما، وزوجت امرأة ابن مسعود بنتاً لها صغيرة لابن المسيب بن نخبة، فأجاز ذلك زوجها عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

٥ـ قد تكون هناك مصلحة بتزويج الصغار، ويجد الأبُ الكفءَ، فلا يفوت إلى وقت البلوغ.

من الذي يزوج الصغار؟

واختلف الجمهور القائلون بجواز تزويج الصغار فيمن يزوجهم.

فقال المالكية والحنابلة[2]: ليس لغير الأب أو وصيه أو الحاكم تزويج الصغار،

---

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد (نيل الأوطار: ١٢٠/٦) وفي رواية عند البخاري ومسلم: تزوجها وهي بنت سبع سنين، وزفت إليه وهي بنت تسع سنين.

(٢) القوانين الفقهية: ص ١٩٩، الشرح الصغير: ٣٥٣/٢، ٣٥٦ وما بعدها، المغني: ٤٨٩/٦ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٣/٥ ـ ٤٧.

لتوافر شفقة الأب وصدق رغبته في تحقيق مصلحة ولده، والحاكم ووصي الأب كالأب، لأنه لا نظر لغير هؤلاء في مال الصغار ومصالحهم المتعلقة بهم، ولقوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، وإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها»[1] وروي عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «إنها يتيمة ولا تُنكح إلا بإذنها»[2] واليتيمة: هي الصغيرة التي مات أبوها، لحديث: «لا يُتْم بعد احتلام»[3] فدل الحديث على أن الأب وحده هو الذي يملك تزويج الصغار.

وقال الحنفية[4]: يجوز للأب والجد ولغيرهما من العصبات تزويج الصغير والصغيرة، لقوله تعالى: ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى﴾ أي في نكاح اليتامى، أي إذا كان خوف من ظلم اليتامى، فالآية تأمر الأولياء بتزويج اليتامى، وأجاز أبو حنيفة في رواية عنه خلافاً للصاحبين لغير العصبات من قرابة الرحم كالأم والأخت والخالة تزويج الصغار إن لم يكن ثمة عصبة، ودليله عموم قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين﴾ من غير تفرقة بين العصبات وغيرهم.

وقال الشافعية[5]: ليس لغير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة، لخبر الدارقطني: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يزوجها أبوها» ورواية مسلم: «والبكر يستأمرها أبوها» والجد كالأب عند عدمه؛ لأن له ولاية وعصوبة كالأب.

فالمالكية قالوا: القياس ألا يجوز تزويج الصغار إلا أنا تركنا ذلك في حق الأب للآثار المروية فيه، فبقي ما سواه على أصل القياس. والحنابلة رأوا أن

---

(١) رواه أبو داود والنسائي.

(٢) رواه أحمد والدارقطني عن ابن عمر (نيل الأوطار: ١٢١/٦ وما بعدها).

(٣) رواه أبو داود وحسنه النووي.

(٤) البدائع: ٢٤٠/٢، المبسوط: ٢١٣/٤ وما بعدها.

(٥) مغني المحتاج: ١٤٩/٣، ١٦٩.

الأحاديث مقصورة على الأب . والشافعية استدلوا بالأحـاديث ، لكنهم قـاسوا الجد على الأب ، والحنفية أخذوا بعموم الآيات القرآنية التي تأمر الأولياء بتزوج اليتامى أو بتزويجهن من غيرهم .

وقد اشترط أبو يوسف ومحمد في تزويج الصغار الكفاءة ومهر المثل ؛ لأن الولاية للمصلحة ، ولا مصلحة في التزويج من غير كفء ولا مهر مثل .

وكذلك اشترط الشافعية في تزويج الأب الصغيرة أو الكبيرة بغير إذنها شروطاً سبعة هي :

الأول ـ ألا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة .

الثاني ـ أن يزوجها من كفء .

الثالث ـ أن يزوجها بمهر مثلها .

الرابع ـ أن يكون من نقد البلد .

الخامس ـ ألا يكون الزوج معسراً بالمهر .

السادس ـ ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم .

السابع ـ ألا يكون قد وجب عليها الحج ، فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ، ولها غرض في تعجيل براءتها ، ويجوز أن يزوج الصغير أكثر من واحدة .

وأجاز المالكية للأب تزويج البكر الصغيرة ، ولو بدون صداق المثل ، ولو لأقل حال منها ، أو لقبيح منظر ، وتزوج البالغ بإذنها ، إلا اليتيمة الصغيرة التي بلغت عشر سنين ، فتزوج بعد استشارة القاضي على أن يكون الزواج بكفء وبمهر المثل .

ورأى الحنابلة : أن يزوج الأب ابنه الصغير والمجنون بمهر المثل وغيره ، ولو كرهاً ؛ لأن للأب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها ، وهذا مثله ، فإنه قد

يرى المصلحة في تزويجه، فجاز له بذل المال فيه كمداواته فهذا أولى. وإذا زوج الأب ابنه الصغير، فيزوجه بامرأة واحدة لحصول الغرض بها، وله تزويجه بأكثر من واحدة إن رأى فيه مصلحة، وضعف بعض الحنابلة هذا، إذ ليس فيه مصلحة، بل مفسدة، وصوب أنه لا يزوجه أكثر من واحدة. أما الوصي فلا يزوجه أكثر بلا خلاف؛ لأنه تزويج لحاجة، والكفاية تحصل به، إلا أن تكون غائبة أو صغيرة أو طفلة، وبه حاجة، فيجوز أن يزوجه ثانية. ولسائر الأولياء تزويج بنت تسع سنين فأكثر بإذنها، لما روى أحمد عن عائشة: «إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة» أي في حكم المرأة.

العقل: وأما العقل فليس شرطاً بالاتفاق، فيجوز للولي أباً أو غيره عند الحنفية[1] أن يزوج المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة[2] صغيراً أم كبيراً، بكراً أم ثيباً.

وللأب عند المالكية[3] تزويج المجنون أو المجنونة ونحوهما، في حال الصغر أو الكبر، ولو ثيباً، لعدم التمييز، ولا كلام لولدهما معه إن كان لهما ولد رشيد، إلا من يفيق أو تفيق من جنونها أحياناً، فتنتظر إفاقتها لتستأذن ولا تجبر، وذلك إذا لم يلزم على تزويج المجنونة ضرر عادة، كتزويجها من خصي أو ذي عاهة، كجنون وبرص وجذام، مما يرد الزوج به شرعاً.

ورأى الشافعية[4]: أنه لا يزوَّج مجنون صغير أو كبير، إلا لحاجة للزواج، ويزوجه امرأة واحدة فقط الأب، ثم الجد، ثم السلطان، دون سائر العصبات كولاية

---

(١) البدائع: ٢/٢٤١.

(٢) العته: ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك. أما الجنون فهو اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان.

(٣) الشرح الصغير: ٢/٣٥٥.

(٤) مغني المحتاج: ٣/١٦٨ وما بعدها.

المـال . ويزوج الأب أو الجد لـوفـور شفقتها المجنـونـة الصغيرة أو الكبيرة إن ظهرت مصلحة في تزويجها ، ولا تشترط الحاجـة قطعـاً ، فـإن لم يكن أب أو جـد لم تزوج في صغرهـا ، فـإن بلغت زوجهـا السلطـان في الأصح للحـاجـة للـزواج ، لا لمصلحـة في الأصح ، كتوفر المؤن .

وقال الحنابلة[1] : لسائر الأولياء تزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجـال ؛ لأن لها حاجة إلى الزواج لـدفع ضرر الشهوة عنهـا ، وصيـانتهـا عن الفجور . ويعرف ميلها إلى الرجال من كلامها وتتبعها الرجال وميلها إليهم ونحوه من قرائن الأحوال ، وكذا إن قال الأطباء (ثقة أو اثنان) : إن علتها تزول بتزويجها . فـإن لم يكن لهـا ولي إلا الحاكم زوجها .

وإن احتـاج المجنون البـالـغ أو الصغير العـاقـل إلى الـزواج أو لغيره كالخـدمـة ، زوجها الحاكم عند عدم الأب والوصي ، وليس لغير الأب ووصيه والحاكم التزويج ، ولا يجوز التزويج إن لم يحتج المجنون والصغير إليه ؛ لأنه إضرار بهما بلا منفعة .

موقف القانون السوري من زواج الصغير والمجنون :

أخذ القانون السوري بما يخالف رأي الجمهور في زواج الصغار والمجـانين بـالاعتماد على مبدأ الاستصلاح ، فأخذ برأي ابن شبرمة ومن وافقه في عدم صحة زواج الصغار ، مراعاة لأوضاع المجتمع ، وتقديراً لمخاطر مسؤوليات الزواج . ولم يصحح القـانون زواج المجنون أو المعتوه مطلقاً ، إلا إذا ثبت طبياً أن زواجه يفيد في شفائه ، فللقاضي الإذن بالزواج .

وهذا ما نصت عليه المادة (١٥) :

١ ـ يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ .

---

(١) كشاف القناع : ٤٦/٥ وما بعدها .

٢ ـ للقاضي الإذن بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه .

سن البلوغ : كذلك أخذ القانون السوري بما يخالف رأي الفقهاء في تحديد سن البلوغ ، ففي الأحوال المدنية أو الشؤون المالية نص القانون المدني (م٤٦/٢) على أهلية الشخص الطبيعي ، وهي بلوغ سن الثامنة عشرة ، للذكر والأنثى على السواء . ونص المادة هو :

١ ـ كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

٢ ـ وسن الرشد : هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة . أما في الأحوال الشخصية أو الزواج : فقد نص قانون الأحوال الشخصية على أن أهلية الفتى ثمانية عشر عاماً ، والفتاة سبعة عشر عاماً . وذلك في المادة (١٦) وهي :

تكمل أهلية الزوج في الفتى بتمام الثامنة عشرة ، وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر .

لكن أجاز هذا القانون أيضاً للقاضي : أن يأذن بزواج الفتى بعد إكماله سن الخامسة عشرة ، والفتاة بعد إكمالها سن الثالثة عشرة ، إذا طلبا الزواج ، وادعيا البلوغ ، وتبين له صدقهما في ادعاء البلوغ . وهذا مراعاة لمصلحة الشباب في التبكير بالزواج ، صوناً لهم عن الانحراف .

ونص القانون (م ١٨) ما يأتي :

١ ـ إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامس عشر ، أو المراهقة بعد إكمالها الثالث عشرة ، وطلبا الزواج ، يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما .

٢ ـ إذا كان الولي هو الأب أو الجد، اشترطت موافقته.

أما رأي فقهائنا في سن الزواج: فإنهم اتفقوا على عدم انعقاد زواج الصغير غير المميز، أما الصبي المميز فينعقد زواجه موقوفاً عند الحنفية على إجازة وليه، ويبطل زواجه كسائر عقوده عند الجمهور، وإنما يزوجه وليه، فإذا بلغ خمسة عشر عاماً تزوج بنفسه، وعند أبي حنيفة إذا بلغ سن الثامنة عشرة.

المبحث الثاني ـ الولاية في الزواج:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الزواج أن يكون لمن يتولاه ولاية إنشائه، إما بالنفس وإما بالغير، فإذا وجدت هذه الولاية، صح العقد ونفذ، وإن فقدت بطل العقد عند الجمهور، وكان موقوفاً عند الحنفية.

فإن تم العقد من الرجل بالأصالة عن النفس صح العقد بالاتفاق، وإن تم بإنابة من الشارع، صح أيضاً بصفة الولاية، وإن وجد الزواج بالنيابة عن الشخص، صح بصفة الوكالة.

ونبحث في **الولاية**: معناها، أنواعها، اشتراطها في زواج المرأة، شروط الولي، من له الولاية، المولى عليه، ترتيب الأولياء، كيفية إذن المرأة بالزواج، عضل الولي، غيبة الولي وأسره أو فقده.

أولاً ـ معنى الولاية وسببها:

الولاية لغة إما بمعنى المحبة والنصرة، كما في قوله تعالى: ﴿ومن يتول الله ورسوله، والذين آمنوا، فإن حزب الله هم المفلحون﴾ وقول سبحانه: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾.

وإما بمعنى السلطة والقدرة، يقال: «الوالي» أي صاحب السلطة.

وفي اصطلاح الفقهاء: القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد. ويسمى متولي العقد «الولي» ومنه قوله تعالى: ﴿فليملل وليه بالعدل﴾.

وسبب مشروعية ولاية تزويج القصر والمجانين (ولاية الإجبار): هو رعاية مصالح هؤلاء، وحفظ حقوقهم بسبب عجزهم وضعفهم حتى لا تضيع وتهدر.

ثانياً ـ أقسام الولاية:

قسم **الحنفية** الولاية ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معاً.

والولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، كالتزويج والتعليم والتطبيب والتشغيل، وهي تثبت للأب والجد وسائر الأولياء.

والولاية على المال: هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق. وتثبت للأب والجد ووصيهما، ووصي القاضي.

والولاية على النفس والمال: تشمل الشؤون الشخصية والمالية، ولا تكون إلا للأب والجد فقط.

ومحل بحثنا في الزواج هو الولاية على النفس.

نوعا ولاية النفس: تنقسم ولاية النفس إلى نوعين: ولاية إجبار، وولاية اختيار، أو ولاية حتم وإيجاب، وولاية ندب واستحباب[1]:

١ ـ ولاية الإجبار: هي تنفيذ القول على الغير. وهي بهذا المعنى العام تثبت بأربعة أسباب: القرابة والملك، والولاء، والإمامة.

فولاية القرابة: تثبت لصاحبها بسبب قرابته من المولى عليه، إما بقرابة قريبة كالأب والجد والابن، أو بقرابة بعيدة كابن الخال وابن العم.

---

(١) البدائع: ٢٤١/٢ ـ ٢٤٧، الدر المختار: ٤٠٦/٢ وما بعدها.

وولاية المِلْك: هي الولاية التي تثبت للسيد على مملوكه، فله تزويج عبده أو أمته جبراً عنهما، ويتوقف نفاذ زواجهما على إذنه.

وشرط ثبوت هذه الولاية للسيد: أن يكون عاقلاً بالغاً، فلا ولاية للمجنون والمعتوه ولا للصبي قبل البلوغ على تزويج العبد أو الأمة.

وولاية الولاء نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة.

وولاء العتاقة: هو الحق الشرعي الذي يثبت للمعتق على عتيقه، حتى إنه يرثه به، وله أن يزوجه إذا كان العتيق صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتوهاً. وشرط ثبوت هذه الولاية أن يكون المعتق عاقلاً بالغاً.

وولاء الموالاة: هو الذي يثبت بناء على عقد بين اثنين على أن يناصره، ويغرم عنه إذا جنى، ويرثه إذا مات. وتثبت بهذا العقد ولاية تزويجه. ويشترط لثبوت هذه الولاية أن يكون الولي عاقلاً بالغاً حراً، وألا يكون للمولى عليه أحد يرثه من النسب أو العصبة السببية.

وولاية الإمامة: هي ولاية الإمام العادل ونائبه، كالسلطان والقاضي، فلكل منهما تزويج عديم الأهلية أو ناقصها بشرط ألا يكون له ولي قريب، للحديث السابق: «السلطان ولي من لا ولي له»[1]. وولاية الإجبار بالمعنى الخاص: هي حق الولي في أن يزوج غيره بمن شاء.

وتثبت ولاية الإجبار بهذا المعنى عند الحنفية: على الصغيرة ولو كانت ثيباً، وعلى المعتوهة والمجنونة والأمة المرقوقة. ويقال لصاحبها: ولي مُجْبِر.

٢ ـ وأما ولاية الاختيار: فهي حق الولي في تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورضاه، ويقال لصاحبها: ولي مُخَيِّر. وهي مستحبة عند أبي حنيفة وزفر

---

(١) أخرجه الأربعة إلا النسائي عن عائشة، وصححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم (سبل السلام: ١١٨/٣).

في تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة، سواء أكانت بكراً أم ثيباً، رعاية لمحاسن العادات والآداب التي يراعيها الإسلام، إذ للمرأة عندهم أن تتولى تزويج نفسها باختيارها وإرادتها، لكن يستحب لها أن تولي أمر العقد لوليها. وشرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولى عليه لا غير.

والخلاصة: أنه لا ولي عند الحنفية إلا الولي المجبر، فليس عندهم ولي غير مجبر يتوقف عليه العقد، وكل ولي: مجبر.

أنواع الولاية عند المالكية:

الولاية عند المالكية قسمان: خاصة وعامة[1]:

١ـ **فالولاية الخاصة:** هي التي تثبت لأناس معينين، وهم ستة أصناف: الأب، ووصيه، والقريب العصبة، والمولى، والسلطان. وأسباب هذه الولاية ستة هي:

الأبوة، والإيصاء، والعصوبة، والملك، والكفالة، والسلطنة. أما الولاية بالكفالة: فهي أن يكفل رجل امرأة فقدت والدها، وغاب عنها أهلها، فقام بتربيتها مدة خاصة، فيكون له عليها حق الولاية في تزويجها، ويشترط لثبوت هذه الولاية شرطان:

أحدهما: أن تمكث عنده زمناً يوجب حنانه وشفقته عليها عادة وبالفعل، فلا حاجة لتقدير زمن معين كأربع سنوات أو عشر على الأظهر.

والثاني: ألا تكون شريفة، والشريفة: هي ذات الجمال أو المال، فإن كانت ذات

---

(١) القوانين الفقهية: ص ١٩٨ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣٥١/٢ ـ ٣٦٣، الشرح الكبير: ٢٢١/٢ ـ ٢٣٢، ٢٤١ وما بعدها.

جمال فقط أو ذات مال فقط، زوجها الحاكم. ورجح بعض المالكية أن ولاية الكفيل عامة تشمل الشريفة والدنيئة.

٢ـ **والولاية العامة:** تثبت بسبب واحد هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم، على أن يقوم بها واحد منهم، بأن توكل امرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها، بشرط ألا يكون لها أب أو وصيه، وبشرط أن تكون دنيئة لا شريفة. والدنيئة: هي الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب. والخالية من النسب: بنت الزنا أو الشبهة أو المعتوقة من الجواري. والحسب: هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم ونحوها من محاسن الأخلاق.

فيصح الزواج بالولاية العامة في امرأة دنيئة، مع وجود ولي خاص غير مجبر، كأب وابن وعم، كما يصح زواج شريفة بالولاية العامة مع وجود ولي خاص غير مجبر إن دخل الزوج بها، وطال الدخول مدة هي أن يمضي زمن تلد فيه الأولاد كثلاث سنين، كطول مدة زواج الصغيرة التي لا أب لها إذا زوجت مع فقد الشروط أو بعضها. وتجوز الولاية العامة إذا تعذرت الولاية الخاصة.

وتثبت ولاية الإجبار عند المالكية بأحد سببين: البكارة، والصغر، فيقع الإجبار للبكر وإن كانت بالغاً، وللصغيرة وإن كانت ثيباً، ويستحب استئمارها.

والولي المجبر عندهم أحد ثلاثة: مالك الأمة أو العبد، فالأب، فوصي الأب عند عدم الأب.

والولي غير المجبر: يشمل العصبة، ثم المولى (من أعتق المرأة ثم عصبته)، ثم الكافل، ثم الحاكم.

وقرابة العصبة كالابن والأخ والجد والعم وابن العم، لا يزوجون إلا البالغة بإذنها، وتأذن الثيب بالكلام، والبكر بالصمت.

وهكذا الولي غير المجبر يزوج البالغ لا الصغيرة بإذنها ورضاها، سواء أكانت البالغ بكراً أم ثيباً.

أنواع الولاية عند الشافعية:

الولي عن المرأة مطلقاً شرط عند الشافعية[1] لصحة أي عقد من عقود الزواج، فلا تزوّج امرأة نفسها بإذن ولا غيرها بوكالة، ولا تقبل زواجاً لأحد.

والولاية نوعان: ولاية إجبارية وولاية اختيارية:

أما ولاية الإجبار: فتثبت للأب، وللجد عند عدمه، فللأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها، ويستحب استئذانها، ويكفي في البكر البالغة العاقلة إذا استؤذنت في تزويجها سكوتها في الأصح. ودليلهم خبر الدارقطني: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يزوجها أبوها» ورواية مسلم: «والبكر يستأمرها أبوها، وإذنها سكوتها» وقد حملت رواية مسلم على الندب، ولأن البكر شديدة الحياء إذ لم تمارس الرجال بالوطء.

وأما ولاية الاختيار: فتثبت لكل الأولياء العصبات في تزويج المرأة الثيب، فليس للولي تزويج الثيب إلا بإذنها، فإن كانت الثيب صغيرة لم تزوَّج حتى تبلغ؛ لأن إذن الصغيرة غير معتبر، فامتنع تزويجها إلى البلوغ، وتزوج الثيب البالغة بصريح الإذن، ولا يكفي سكوتها. بدليل خبر الدارقطني السابق، وخبر «لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن»[2] ولأنها عرفت مقصود الزواج، فلا تجبر بخلاف البكر. ودليل صراحة الإذن: حديث: «ليس للولي مع الثيب أمر»[3]، ولو أذنت بلفظ التوكيل جاز؛ لأن المعنى فيهما واحد.

---

(١) مغني المحتاج: ١٤٧/٣ ـ ١٥٠، المهذب: ٣٥/٢.

(٢) رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح.

والحاصل: أن الفرق بين البكر والثيب هو في حكم الإذن ونوعه، فالبكر يستحب استئذانها، وإذنها صماتها، والثيب يجب استئذانها، بصريح الإذن.

وأما المجنونة فيزوجها الأب، والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة.

أنواع الولاية عند الحنابلة:

لا يصح نكاح المرأة إلا بولي عند الحنابلة[1] كالشافعية والمالكية، فلو زوَّجت امرأة نفسها، أو زوَّجت غيرَها كبنتها وأختها، أو وكلت امرأة غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها في الصور الثلاث، لم يصح النكاح لعدم وجود شرطه، ولأنها غير مأمونة على البُضْع لنقص عقلها، وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها، كالمبذر في المال، فلا يصح أن توكل فيه، ولا أن تتوكل فيه، فإن حكم بصحته حاكم أو كان المتولي العقد حاكماً يراه، لم ينقض كسائر الأنكحة الفاسدة، إذا حكم بها من يراها، لم ينقض؛ لأنه يسوغ فيها الاجتهاد، فلم يجز نقض الحكم بها.

وولاية الإجبار: تثبت للأب، ووصيه، ثم الحاكم، كما قال المالكية، ولا تثبت للجد وسائر الأولياء، وذلك عند تزويج الصغيرة فقط.

وولاية الاختيار: تثبت لسائر الأولياء عند تزويج امرأة حرة مكلفة (كبيرة بالغة) ثيباً كانت أو بكراً بإذنها، وإذن البكر: الصمت، وإذن الثيب: الكلام، بدليل حديث أبي هريرة مرفوعاً: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»[2] وحديث «الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها»[3].

---

(١) المغني: ٤٥٦/٦، كشاف القناع: ٤٦/٥ وما بعدها.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه الأثرم وابن ماجه.

ولسائر الأولياء تزويج بنت تسع سنين فأكثر بإذنها، ولها إذن صحيح معتبر، لحديث عائشة: «إذا بلغت الجارية تسع سنين، فهي امرأة»[1] وروي مرفوعاً عن ابن عمر. ومعناه: في حكم المرأة، ولأنها تصلح بذلك للنكاح وتحتاج إليه، فأشبهت البالغة.

والخلاصة: يزوج الرجل البالغ العاقل نفسه بالاتفاق بالأصالة عن نفسه، ويزوج الولي الصغار والمجانين والمعتوهين بالاتفاق بالولاية عن الشارع.

واختلف الفقهاء في زواج المرأة البالغة العاقلة، فقال الحنفية: لها أن تتزوج بنفسها، وقال الجمهور: يزوجها وليها، لكن عند الحنابلة بإذنها سواء أكانت بكراً أم ثيباً، وعند المالكية والشافعية: بإذنها إذا كانت ثيباً، وبغير إذنها إذا كانت بكراً صغيرة أم كبيرة.

وكل ولي مجبر عند الحنفية، والمجبر عند المالكية والحنابلة: الأب ووصيه والحاكم، والمجبر عند الشافعية: الأب، والجد فقط عند عدم الأب.

ويستحب استئذان البنت البكر عند المالكية والشافعية، ولا إذن للصغيرة بحال عند الحنابلة، وليس عندهم للحاكم ولسائر الأولياء تزويج بنت دون تسع سنين.

ثالثاً ـ اشتراط الولاية في زواج المرأة: للفقهاء كما عرفنا رأيان في انعقاد الزواج بعبارة النساء، رأي الحنفية: أنه يصحح العقد بعبارتها، بدون ولي، ورأي الجمهور: أنه يبطل العقد بدون ولي[2].

---

(١) رواه أحمد بسنده.

(٢) فتح القدير: ٣٩١/٢ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٩٨/٢ وما بعدها، الدر المختار: ٤٠٧/٢ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣٥٣/٢، القوانين الفقهية: ص ١٩٨، المهذب: ٣٥/٢، مغني المحتاج: ١٤٧/٣ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٩/٥ وما بعدها، المغني: ٤٤٩/٦.

أما الرأي الأول - فقال أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرواية : ينفذ نكاح حرة مكلفة (بالغة عاقلة) بلا رضا ولي ، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها ، وزواج غيرها ، لكن إذا تولت عقد زواجها ، وكان لها ولي عاصب ، اشترط لصحة زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفؤاً ، وألا يقل المهر عن مهر المثل . فإذا تزوجت بغير كفء ، فلوليها حق الاعتراض على الزواج ويفسخه القاضي ، إلا أنه إذا سكت حتى ولدت أو حملت حملاً ظاهراً ، سقط حق الولي في الاعتراض وطلب التفريق ، حفاظاً على تربية الولد ، ولئلا يضيع بالتفريق بين أبويه ، فإن بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ له بلا شبهة .

والمفتى به أن المرأة إذا تزوجت بغير كفء ، وقع العقد فاسداً فلو رضي الولي بعد العقد لا ينقلب صحيحاً .

ودليلهم كما بينا : أولاً - حديث «الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر في إذنها ، وإذنها صماتها» والأيم : التي لا زوج لها ، بكراً كانت أو ثيباً ، فدل على أن للمرأة الحق في تولي العقد .

ثانياً - للمرأة أهلية كاملة في ممارسة جميع التصرفات المالية من بيع وإيجار ورهن وغيرها ، فتكون أهلاً لمباشرة زواجها بنفسها ؛ لأن التصرف حق خالص لها .

وأما الرأي الثاني - رأي الجمهور : فهو أن النكاح لا يصح إلا بولي ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ، ولا توكيل غير وليها في تزويجها ، فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة ، لم يصح النكاح ، وهو رأي كثير من الصحابة كابن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم . وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك ، وعبيد الله العنبري وإسحاق وأبو عبيدة رحمهم الله تعالى .

وأدلتهم : أولاً ـ حديث عائشة وأبي موسى وابن عباس : « لا نكاح إلا بولي »[1] وحديث عائشة : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »[2] . وحديث أبي هريرة : « لا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها »[3] .

ثانياً ـ إن الزواج عقد خطير دائم ذو مقاصد متعددة من تكوين أسرة ، وتحقيق واستقرار وغيرها ، والرجل بما لديه من خبرة واسعة في شؤون الحياة أقدر على مراعاة هذه المقاصد ، أما المرأة فخبرتها محدودة ، وتتأثر بظروف وقتية ، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها دونها .

رابعاً ـ شروط الولي :

يشترط في الولي شروط متفق عليها بين الفقهاء وهي[4] :

١ ـ كمال الأهلية : بالبلوغ والعقل والحرية ، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه (ضعيف العقل) والسكران ، وكذا مختل النظر بهرَم (وهو كبر السن) أو خبَل (وهو فساد في العقل) ، والرقيق ؛ لأنه لا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه ، لقصور إدراكه وعجزه في غير الرقيق ، فلا تكون له ولاية على غيره بسبب أن الولاية تتطلب كمال الحال . وأما الرقيق فلأنه مشغول بخدمة مولاه ، فلا يتفرغ للنظر في شؤون غيره .

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة (نصب الراية : ١٨٣/٣ ، سبل السلام : ١١٧/٣) .

(٢) أخرجه أحمد والأربعة إلا النسائي ، وصححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم وابن معين وغيره من الحفاظ (نصب الراية : ١٨٤/٣ ، سبل السلام : ١١٨/٣) .

(٣) أخرجه الدارقطني ، وفي إسناده كلام (نصب الراية : ١٨٨/٣) .

(٤) البدائع : ٢٣٩/٢ ، الشرح الصغير : ٣٦٩/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٥٤/٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٥/٥ وما بعدها ، المهذب : ٣٦/٢ .

٢ ـ اتفاق دين الولي والمولى عليه : فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم، أي لا يزوج عند الحنابلة والحنفية كافر مسلمة ولا عكسه، وقال الشافعية وغيرهم : يزوج الكافر الكافرة، سواء أكان زوج الكافرة كافراً أم مسلماً، وقال المالكية : يزوج الكافرة الكتابية مسلم. ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر، لقوله تعالى : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ﴾ وقوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ولحديث «الإسلام يعلو ولا يعلى»[1]، والسبب في اشتراط اتحاد الدين : هو اتحاد وجهة النظر في تحقيق المصلحة، ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر.

ويستثنى من ذلك الإمام أو نائبه ؛ لأن له الولاية العامة على جميع المسلمين. وقد اقتصر القانون السوري (م ٢٢) على شرط كمال الأهلية : « يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً » ولم يشترط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه.

وهناك شروط أخرى في الولي مختلف في اشتراطها وهي :

٣ ـ الذكورة : شرط عند الجمهور غير الحنفية، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى ؛ لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها، فعلى غيرها أولى.

وقال الحنفية : ليست الذكورة شرطاً في ثبوت الولاية، فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير، بطريق الولاية أو الوكالة.

وهذا الخلاف مفرع على اختلافهم في مسألة انعقاد الزواج بعبارة النساء.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه والروياني في مسنده عن عايذ بن عمرو المزني مرفوعاً، ورواه الطبراني في الأوسط والبيهقي في الدلائل عن عمر وأسلم بن سهل في تاريخ واسط عن معاذ مرفوعاً، وعلقه البخاري في صحيحه (المقاصد الحسنة : ص ٥٨).

٤ ـ العدالة : وهي استقامة الـدين ، بـأداء الواجبـات الـدينيـة ، والامتنـاع عن الكبائر كالزنـا والخمر وعقوق الوالـدين ونحوهـا ، وعـدم الإصرار على الصغـائر . وهي شرط عند الشافعية على المذهب وعند الحنابلة ، فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق ، لما روي عن ابن عباس : «لا نكاح إلا بشاهدي عدل ، وولي مرشد»[1] لأنها ولاية تحتـاج إلى النظر وتقدير المصلحة ، فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال .

ويكفي العدالة الظاهرة ، فيكفي مستور الحال ؛ لأن اشتراط العـدالـة ظـاهراً وباطناً حرج ومشقة ، ويفضي إلى بطلان غالب الأنكحة .

ويستثنى من هذا الشرط : السلطان ، يزوج من لا ولي لها ، فلا تشترط عـدالتـه للحاجة ، والسيد يزوج أمته ، فلا تشترط عدالتـه ؛ لأنـه تصرف في أمتـه ، كإيجـارهـا ونحوه .

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن العدالة ليست شرطـاً في ثبوت الولايـة ، فللولي عدلاً كان أو فاسقاً تزويج ابنته أو ابنـة أخيـه مثلاً ؛ لأن فسقـه لا يمنع وجود الشفقـة لديه ورعايـة المصلحـة لقريبـه ، ولأن حق الولايـة عـام ، ولم ينقل أن وليـاً في عهـد الرسول ﷺ ومن بعده منع من التزويج بسبب فسقه . وهذا الرأي هو الراجح ؛ لأن حديث ابن عباس ضعيف ، ولأن «المرشد» ليس معناه العدل ، بل الـذي يرشـد غيره إلى وجوه المصلحة ، والفاسق أهل لذاك .

٥ ـ الرشد : ومعناه هنا عند الحنابلة : معرفة الكفء ومصـالح النكاح ، لا حفـظ المال ؛ لأن رشد كل مقام بحسبه . ومعناه عند الشافعية : هو عدم تبذير المال .

---

(١) قال الإمام أحمد : أصح شيء في هذا قول ابن عباس مرفوعاً : « لانكاح إلا بولي وشـاهـدي عـدل ، وأيـا امرأة نكحها ولي مسخوط عليه ، فنكاحها بـاطل » وروى البرقـاني بـإسنـاده عن جـابر مرفوعـاً : « لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

والرشد شرط عند الشافعية على المذهب والحنابلة في ثبوت الولاية؛ لأن المحجور عليه بسفه لا يلي أمر نفسه في الزواج، فلا يلي أمر غيره، فإن لم يكن السفيه محجوراً عليه جاز له تزويج غيره على المعتمد عند الشافعية.

وقال الحنفية والمالكية: ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطاً في ثبوت الولاية، فيصح للسفيه ولو محجوراً عليه أن يتولى تزويج غيره. لكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج من السفيه ذي الرأي بإذن موليته، وبإذن وليه، فإن زوج ابنته مثلاً بغير إذن وليه، ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة، فإن كان صواباً أبقاه وإلا رده، فإن لم ينظر فهو ماض.

وأضاف المالكية شرطين آخرين هما:

خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح. وعدم الإكراه: فلا يصح الزواج من مكره، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح، بل هو عام في جميع العقود الشرعية. وبه تصبح شروط الولي عندهم سبعة: هي الذكورة والحرية والبلوغ والعقل، والإسلام في المرأة المسلمة والخلو من الإحرام وعدم الإكراه. وليست العدالة والرشد شرطين.

وهي أيضاً عند الحنابلة والشافعية سبعة: الحرية والذكورة واتحاد الدين بين الولي والمولى عليها، والبلوغ، والعقل، والعدالة، والرشد: وهو عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح، وليس حفظ المال؛ لأن رشد كل مقام بحسبه. وعند الشافعية: عدم تبذير المال.

وعند الحنفية أربعة هي: العقل والبلوغ والحرية واتحاد الدين، وليست العدالة والرشد شرطين.

خامساً ـ من له الولاية وترتيب الأولياء :

قال **الحنفية**[1] : الولاية هي ولاية الإجبار فقط، وتثبت للأقارب العصبات[2] ، الأقرب فالأقرب ؛ لأن «النكاح إلى العصبات» كما روي عن علي رضي الله عنه، وذلك على الترتيب الآتي : البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم المعتق، ثم الإمام والحاكم، أي بالترتيب التالي :

١ ـ الابن وابنه وإن نزل .

٢ ـ الأب والجد العصبي (الصحيح) وإن علا .

٣ ـ الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا .

٤ ـ العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا .

ثم يأتي بعد هؤلاء المعتق ثم عصبته النسبية .

ثم السلطان أو نائبه وهو القاضي ؛ لأنه نائب عن جماعة المسلمين، للحديث المتقدم : «السلطان ولي من لا ولي له» وبهذا نطقت المادة ٢٤ من القانون السوري : «القاضي ولي من لا ولي له» .

وليس للوصي تزويج الصغير أو الصغيرة، ولو كان الأب قد أوصى إليه بذلك، على المعتمد .

وليس للقاضي تزويج الصغيرة من نفسه، ولا ممن لا تقبل شهادته له، وهذا مانصت عليه المادة ٢٥ من القانون السوري .

وإذا زوج الولي من مرتبة مع وجود من هو أقرب منه، كان العقد موقوفاً على إجازة الأقرب، إلا أن يكون هذا الأقرب صغيراً أو مجنوناً، فينفذ عقد الولي الأبعد .

---

(١) البدائع : ٢٤٠/٢ وما بعدها، فتح القدير : ٤٠٥/٢، ٤١٣ ـ ٤١٦، الدر المختار : ٤٢٩/٢ ـ ٤٣١ .

(٢) وهم الذكور الذين لا ينتسبون لقريبهم بواسطة الأنثى وحدها .

وقد نص القانون السوري (م ٢/٢٢) على أنه: «إذا استوى وليان في القرب، فأيها تولى الزواج بشرائطه، جاز».

وترتيب الأولياء على هذا النحو هو رأي الصاحبين، وقال أبو حنيفة: لغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند عدم العصبات، أي تثبت الولاية لذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن عصبة فالولاية للأم، ثم أم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يوجد أحد من الأصول انتقلت الولاية للفروع، على أن تقدم البنت على بنت الابن لقربها، وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها.

ثم الجد الرحمي (غير الصحيح): وهو أبو الأم، وأبو أم الأب.

ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً.

ثم الأخوال ثم الخالات وأولادهم.

فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام، انتقلت الولاية إلى الحاكم: وهو القاضي الآن.

وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها، فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الابن هو المقدم في العصوبة ولا عبرة بزيادة الشفقة. وقال محمد: الولي أبوها؛ لأنه أوفر شفقة من الابن.

وبه يظهر أن الحنفية يخالفون غيرهم في ثبوت الولاية للأقارب غير الأب والجد، لإثبات الولاية لابن العم في القرآن في قوله تعالى: ﴿ ويستفتونك في النساء، قل: الله يفتيكم فيهن، وما يتلى عليكم في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن، وترغبون أن تنكحوهن ﴾ فإن هذه الآية نزلت - كما قالت السيدة عائشة - في اليتيمة تكون في حجر وليها، فيرغب في زواجها، ولا يقسط في صداقها. وهذا الولي المتصور هو ابن العم، فتثبت لمن هو أقرب منه كالأخ والعم بالأولى. ولعموم قول علي

رضي الله عنه : «النكاح إلى العصبات» والعصبات لفظ عام يشمل الأب وغيره .

ويخالف الحنفية غيرهم أيضاً في عدم ثبوت ولاية التزويج للوصي ، لقول علي السابق : «النكاح إلى العصبات» والوصي ليس من الأقارب العصبة ، فلا تثبت له الولاية .

وقد أخذ القانون السوري (م ٢١) برأي الجمهور في قصر الولاية على العصبات ، ونص المادة : «الولي في الزواج : هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث ، بشرط أن يكون محرماً» ويلاحظ أنه قصر الولاية على العصبات المحارم ليمنع ابن العم من التحكم في زواج بنت عمه .

مذهب المالكية في ترتيب الأولياء :

قال المالكية[1] : هناك ولي مجبر، وولي غير مجبر. فولاية الإجبار تثبت لأحد ثلاثة بالترتيب الآتي :

١ً ـ السيد المالك ولو أنثى : فله أن يجبر أمته أو عبده على الزواج بشرط عدم الإضرار بها ، كالتزويج من ذي عاهة كالجذام أو البرص ، فلا جبر للمالك ، ويفسخ وإن طال ، والسيد مقدم على الأب .

٢ً ـ الأب : رشيداً كان أو سفيهاً ذا رأي ، فله تزويج البكر ولو عانساً : بلغت من العمر ستين سنة فأكثر، فله تزويج البنت البكر جبراً عنها ، ولو بدون مهر المثل ، أو من غير كفء ، كأن يكون أقل حالاً منها ، أو قبيح منظر .

وليس للأب جبر ابنته إذا رشَّدها ، أي جعلها رشيدة ، أو أطلق الحجر عنها ، لصيرورتها حسنة التصرف ، أو أقامت سنة فأكثر في بيت زوج بعد أن دخل بها ، ثم

---

(١) الشرح الصغير : ٣٥٣/٢ ـ ٣٦٤ ، القوانين الفقهية : ص ١٩٩ ـ ٢٠٠ ، الشرح الكبير : ٢٢١/٢ ـ ٢٢٧ .

تـأيمت وهي بكر، فلا جبر للأب عليهـا ؛ تنزيلاً لإقـامتهـا ببيت الزوج سنـة منزلـة الثيوبة .

وكذلك ليس للأب الجبر إن زالت بكارة البنت بنكاح فاسد يـدرأ (يمنع) الحـد عنها لشبهة ، فإن لم يدرأ الحد عنها فله جبرها .

وللأب جبر البنت الثيب الصغيرة ، بأن تـأيمت بعـد أن أزال الزوج بكارتهـا ، إذ لا عبرة لثيوبتها في هذه الحالة مع صغرها .

ولـه جبرهـا إن زالت بكارتهـا بزنـا ولـو تكرر، أو ولـدت من الـزنـا ، أو زالت بكارتها بعارض كوثبة أو ضربة أو بعود ونحوها .

وللأب جبر المجنونـة جنونـاً مطبقـاً ولـو كانت ثيبـاً أو ولـدت أولاداً ، أمـا التي تفيق فتنتظر إفاقتها إن كانت ثيباً ، فتزوج برضاها ، وأما البكر فيجبرهـا ولا تنتظر إفاقتها .

٣ـ وصي الأب عند عدم الأب بشروط ثلاثة هي :

أ ـ أن يعين الأب للوصي الزوج ، بـأن يقول لـه : زوجهـا من فـلان ، أو يـأمره بجبرهـا صراحـة ، مثل : اجبرهـا على الزواج ، أو ضمنـاً ، مثـل : زوجهـا قبـل البلـوغ وبعده ، أو على أي حالة شئت .

أو أن يأمره بالزواج دون أن يعين له الزوج ولا الإجبار، كأن يقول له : زوجها أو أنكحها ، أو زوجها ممن أحببت ، أو لمن ترضاه .

أو أن يقول له : أنت وصي على بنتي ، أو بنـاتي ، أو على بعضهـا أو بعضهن ، فلـه الجبر على الأرجح . أما لو قال : أنت وصي على مالي فلا جبر بالاتفاق .

ب ـ ألا يقل المهر عن مهر المثل .

جـ- ألا يكون الزوج فاسقاً.

والخلاصة: أن الذي يجبر في عصرنا: هو الأب ووصيه، ولا جبر لغير السيد والأب ووصيه من الأولياء في تزويج البكر والصغيرة والمجنونة، أو أي أنثى صغيرة أو كبيرة، إلا في مسألة واحدة هي البكر الصغيرة اليتيمة، للولي غير المجبر تزويجها بمشورة القاضي، إذا خيف عليها الفساد في دينها، بأن يتردد عليها أهل الشر والفسق، أو لعدم وجود من ينفق عليها، أو لخوف ضياع مالها، بشرط بلوغها عشر سنوات؛ لأنها صارت في سن من توطأ، وبشرط خلوها من الموانع الشرعية، ككونها زوجة أو في عدة من زوج آخر، وبشرط رضاها بالزوج، وكونه كفؤاً لها في الدين والحرية والحال، وأن المهر مهر مثلها.

فإذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة، بأن لم يخف عليها فساداً ولا ضياعاً أو لم تبلغ عشر سنوات، فسخ زواجها إلا إذا دخل الزوج بها، وطال الزمن بعد الدخول والبلوغ. وطول الزمن: بمضي ثلاث سنين بعد الدخول والبلوغ، أو بولادة أولاد كاثنين في بطنين.

ودليل المالكية على إثبات ولاية الإجبار للأب دون غيره من الأولياء: هو الإجماع على أن للأب أن يزوج ابنته البكر الصغيرة، بدليل تزويج أبي بكر ابنته عائشة، وهي بنت ست أو سبع، للنبي ﷺ وقوله ﷺ: «والبكر يستأمرها أبوها» فقصر الاستئمار على الأب.

ودليلهم على أن وصي الأب كالأب: هو أنه نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه بعد الوفاة.

وأما الولي غير المجبر أو ولاية الاختيار:

فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة، ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة على النحو التالي:

ـ الابن فابنه وإن نزل .

ـ ثم الأب .

ـ ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب .

ـ ثم الجد (أبو الأب) . ويلاحظ أنه جعل في المرتبة الرابعة ، أما عند الحنفية فهو في المرتبة الثانية بعد الأب .

ـ ثم العم ثم ابن العم ، على أن يقدم الشقيق على غيره .

ـ ثم أب الجد ، ثم العم لأب فابنه ، ثم عم الجد فابنه .

ـ ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة ، فإن تساوى اثنان في الرتبة والفضل كإخوة كلهم علماء ، قدم الحاكم إن وجد من يراه ، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم .

ـ ثم المولى الأعلى : وهو من أعتق المرأة ، ثم عصبته .

ـ ثم الكافل للمرأة غير العاصب : وهو من قام بتربية الفتاة وهي صغيرة حتى بلغت عنده ، أو بلغت عشراً ، بشرطين :

أولهما ـ أن يكفلها مدة توجب الحنان والشفقة عليها عادة ، دون تحديد زمن معين على الأظهر .

ثانيهما ـ أن تكون الفتاة وضيعة (دنيئة) لا شريفة : وهي التي لا مال لها ولا جمال ولا نسب ولا حسب ، كما بينا . فإن كانت شريفة زوجها القاضي .

ـ ثم الحاكم أو القاضي الشرعي اليوم .

ـ ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين ، ومنهم الخال ، والجد من جهة الأم ، والأخ لأم ، فلكل مسلم تزويج المرأة الشريفة أو الوضيعة بإذنها ورضاها . لقوله تعالى : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ .

وإذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب[1] نفذ الزواج.

ويجوز لابن العم، والمولى، ووكيل الولي، والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى طرفي العقد. وليشهد كل واحد منهم على رضاها خوفاً من منازعتها وإنكارها.

والحاصل: أن المالكية يخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الإخوة، وليس بعد الأب، وأن الولي المجبر هو الأب فقط لا الجد، ويخالفونهم أيضاً في ثبوت الولاية بالإيصاء والكفالة، وبالولاية العامة بسبب الإسلام. ويتفق الفقهاء في إثبات الولاية بسبب الملك، والأبوة والعصوبة غير الأبناء، والسلطنة.

ترتيب الأولياء عند الشافعية:

الولي عند الشافعية: إما مجبر أو غير مجبر[2]:

فالولي المجبر أحد ثلاثة: الأب، والجد وإن علا، والسيد.

فللأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها، ويستحب استئذانها، وليس له تزويج ثيب إلا بإذنها، فإن كانت الثيب صغيرة لم تزوَّج حتى تبلغ.

والجد كالأب عند عدمه.

وللسيد تزويج أمته، سواء أكانت بكراً أم ثيباً، صغيرة أم كبيرة، عاقلة كانت أم مجنونة؛ لأن الزواج عقد يملكه عليها بحكم الملك، فكان إلى المولى، كالإجارة.

والولي غير المجبر: هو الأب والجد وباقي العصبات.

---

(١) المراد بالأبعد: المؤخر في الرتبة، وبالأقرب: المتقدم فيها، ولو كانت جهتها متحدة، فيشمل ذلك تزويج الأخ لأب مع وجود الشقيق.

(٢) مغني المحتاج: ١٤٩/٣ ـ ١٥٢، المهذب: ٣٧/٢ وما بعدها.

وترتيب الأولياء على النحو التالي : الأبوة ، الأخوة ، العمومة ، ثم المعتق ثم السلطان ، أي الأب ، ثم الجد أبو الأب ، ثم أبوه وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وإن سفل ، ثم العم ، ثم سائر العصبة من القرابة كالإرث .

ثم المعتق ، ثم عصبته بترتيب الإرث . ويزوج عتيقة المرأة من يزوج المعتقة مادامت حية ، ولا يعتبر إذن المعتقة في الأصح ، فإن ماتت فلمن له الولاء .

ثم السلطان ، لخبر : «السلطان ولي من لا ولي له»(١) .

ولا تثبت الولاية للأبناء ، فلا يزوج ابن أمه وإن علت ببنوة محضة ، خلافاً للأئمة الثلاثة والمزني تلميذ الشافعي ؛ لأنه لا مشاركة بينه وبينها في النسب ، إذ انتسابها إلى أبيها ، وانتساب الابن إلى أبيه .

واستدل الجمهور بقوله ﷺ : «لما أراد أن يتزوج أم سلمة ، قال لابنها عمر : قم فزوج رسول الله ﷺ»(٢) ورد الشافعية بأجوبة : أحدها أن نكاحه ﷺ لا يحتاج إلى ولي ، وإنما قال له ذلك استطابة لخاطره .

ثانيها ـ أن عمر بن أبي سلمة ولد في أرض الحبشة في السنة الثانية من الهجرة ، وزواجه ﷺ بأم سلمة كان في سن الرابعة .

ثالثها ـ بتقدير صحة أنه زوج وهو بالغ ، فيكون ببنوة العم . فإن كان الابن ابن عم أو معتقاً أو قاضياً ، زوَّج بالبنوة ، لأنها غير مقتضية لا مانعة ، فإذا وجد معها سبب آخر يقتضي الولاية لم تمنعه .

---

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) عن عائشة (نيل الأوطار : ١١٨/٦) .

(٢) رواه أحمد والنسائي عن أم سلمة ، وأعل بأن عمر المذكور كان عند تزوجه ﷺ بأمه صغيراً ، له من العمر سنتان ؛ لأنه ولد في الحبشة في السنة الثانية من الهجرة ، وتزوجه عليه السلام بأمه كان في السنة الرابعة (نيل الأوطار : ١٢٤/٦) .

والحاصل : أن الابن ليس ولياً عند الشافعية ، خلافاً للجمهور .

ترتيب الأولياء عند الحنابلة :

الولي عند الحنابلة إما مجبر أو غير مجبر[1] .

والولي المجبر: هو الأب ، ثم وصي الأب بعد موته ، ثم الحاكم عند الحاجة .

والولي غير المجبر: بقية الأقارب العصبات ، الأقرب فالأقرب كالإرث .

وترتيب الأولياء : الأبوة ، ثم البنوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة ، ثم المعتق ، ثم عصبته ، ثم السلطان ، على النحو التالي :

١ ـ الأب : فهو أحق الناس بتزويج المرأة الحرة ؛ لأنه أكمل نظراً وأشد شفقة .

٢ ـ ثم الجد أبو الأب وإن علا ، فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء ؛ لأن الجد له إيلاد وتعصيب ، فيقدم على الابن كالأب .

٣ ـ ثم الابن وابنه وإن سفل : فهو أولى بتزويج أمه ، لحديث أم سلمة السابق .

٤ ـ ثم الأخ الشقيق : لكونه أقرب العصبات بعد الأب والابن .

٥ ـ ثم الأخ لأب مثل الشقيق .

٦ ـ ثم أولاد الإخوة وإن سفلوا .

٧ ـ ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ، ثم عمومة الأب .

٨ ـ ثم المعتق ، ثم أقرب عصبته منه .

٩ ـ ثم السلطان ، فلا خلاف بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة

---

(١) كشاف القناع : ٥٢/٥ وما بعدها ، المغني : ٤٥٦/٦ ـ ٤٦٠ .

عند عدم أوليائها، أو عضلهم، لحديث عائشة المتقدم: «السلطان ولي من لا ولي له» والسلطان هنا: هو الإمام أو الحاكم أو من فوضا إليه الولاية.

والخلاصة: أن البنوة تقدم على الأبوة عند الحنفية والمالكية، وتقدم الأبوة على البنوة عند الحنابلة، وليس للأبناء ولاية عند الشافعية.

سادساً ـ المولى عليه أو من تثبت عليه الولاية:

الولاية عند الجمهور غير الحنفية تنقسم إلى ولاية إجبار وولاية اختيار كما بينا، ولكل منهما أصناف تثبت عليها.

من تثبت عليه ولاية الإجبار: تثبت ولاية الإجبار على من يأتي[1]:

١ً ـ عديم الأهلية أو ناقصها بسبب الصغر أو الجنون أو العته: تثبت ولاية الإجبار عند الجمهور غير الحنفية على الصغار والمجانين والمعتوهين من غير فرق بين ذكر وأنثى، وبين بكر وثيب، إلا أن المالكية استثنوا صاحبة الجنون المتقطع، فتنتظر إفاقتها لتستأذن، فإن أفاقت زوجها برضاها، فعلّة ولاية الإجبار عند المالكية: إما البكارة أو الصغر.

واستثنى الشافعية الثيب الصغيرة، فلا إجبار عليها؛ لأن علة ثبوت ولاية الإجبار عندهم هي البكارة فقط، وهذه العلة لا تتحقق في الثيب الصغيرة، وحكمها: أنها لا تزوج حتى تبلغ، وتأذن لوليها في زواجها، للحديث السابق: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها سكوتها» ورد عليهم بأن المراد من الثيب هنا البالغة فقط.

وقال الحنابلة مثل المالكية: علة ولاية الإجبار إما البكارة أو الصغر، فللأب

---

(١) البدائع: ٢٤١/٢، الشرح الصغير: ٣٥١/٢ ـ ٣٥٧، مغني المحتاج: ١٤٩/٣ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٣/٥ ـ ٤٩، الشرح الكبير: ٢٢١/٢ ـ ٢٢٤، الدر المختار: ٤٠٧/٢ ـ ٤١٥.

تزويج بناته الأبكار ولو بعد البلوغ، بغير إذنهم لحديث ابن عباس مرفوعاً عند أبي داود: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها صماتها» فلما قسم النساء قسمين، وأثبت الحق لأحدهما، دل على نفيه عن الآخر وهي البكر، فيكون وليها أحق منها بها.

وللأب أيضاً تزويج ثيب دون تسع سنين؛ لأنه لا إذن لها.

وليس ذلك للجد ولا لسائر الأولياء، كما أنه ليس لسائر الأولياء غير الأب تزويج حرة كبيرة بالغة ثيباً كانت أو بكراً إلا بإذنها، لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ...» إلا المجنونة فلسائر الأولياء تزويجها إذا ظهر منها الميل إلى الرجال، بسبب الحاجة ودفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور.

ويتفق الحنفية مع المالكية والحنابلة في ثبوت الولاية على الصغير والصغيرة، والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة، سواء أكانت الصغيرة بكراً أم ثيباً، فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل، ولا على العاقلة البالغة؛ لأن علة ولاية الإجبار عندهم هي الصغر وما في معناه، وهذه العلة متحققة في الصغار والمجانين دون غيرهم.

٢ـ البكر البالغة العاقلة: تثبت عليها عند الجمهور غير الحنفية ولاية الإجبار؛ لأن العلة هي البكارة، للمفهوم من حديث: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها» فقد جعلت الثيب أحق بنفسها من وليها، ولم يجعل البكر أحق بنفسها من وليها كالثيب، وهذا هو الإجبار بعينه.

ولا تثبت عليها هذه الولاية عند الحنفية، لحديث: «والبكر تستأمر في نفسها» وفي رواية: «والبكر يستأمرها أبوها» والاستئمار: معناه طلب الأمر منها وهو الإذن، فيكون استئذانها أمراً ضرورياً، ولا يصح أن تزوج إلا برضاها. وقد أخرج النسائي وغيره عن عائشة: «أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني من ابن

أخيه، يرفع بي خسيسته، وأنا كارهة، قال: اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ، فجاء رسول الله ﷺ، فأخبرته، فأرسل إلى أبيها، فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء»[1] والظاهر أنها بكر[2]. وهو يدل على أن البكر البالغة العاقلة لا تزوج إلا برضاها.

٣ً- الثيب البالغة العاقلة التي زالت بكارتها بأمر عارض كالضرب والوثب والعود ونحوها، أو زالت بكارتها بالزنا أو الغصب على المشهور عند المالكية: يزوجها الولي المجبر (الأب ووصيه) ولو عانساً بلغت ستين سنة أو أكثر؛ لأن ثبوت الولاية إنما هو للجهل بأمور الزواج ومصالحه، ومن زالت بكارتها بغير الزواج الصحيح، أو الفاسد الذي يدرأ الحد لشبهة لا تزال جاهلة بهذه الأمور، فتبقى الولاية عليها كالبكر البالغة.

والجمهور لا يقولون بثبوت ولاية الإجبار على الثيب البالغة، مهما كان سبب الثيوبة غير السقطة ونحوها. قال الحنفية: من زالت بكارتها بوثبة أي نطة أو درور حيض أو حصول جراحة أو تعنيس أي كبر: بكر حقيقة، وتعد بكراً بالتفريق بجب أو عنة أو طلاق أو موت بعد خلوة قبل وطء. وتعد الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد ثيباً. ومن زنت مرة فقط ولم تحد بالزنا بكر حكماً فيكتفى بسكوتها.

وقال الحنابلة: الثيب: من وطئت في القبل لا في الدبر، بآلة الرجال، لا بآلة غيرها، ولو كانت وطئت بزنا. وقال الشافعية: الثيب: من زالت بكارتها، سواء زالت البكارة بوطء حلال كالنكاح، أو حرام كالزنا، أو بشبهة في نوم أو يقظة، ولا

---

(١) سبل السلام: ١٢٢/٣ وما بعدها، نيل الأوطار: ١٢٧/٦.

(٢) ولعلها البكر التي في حديث ابن عباس، وقد زوجها أبوها كفؤاً ابن أخيه، ونصه: «أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ. فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها رسول الله ﷺ» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، وأعل بالإرسال.

أثر لزوالها بلا وطء في القبل كسقطة وحدة طمث، وطول تعنيس وهو الكبر، أو بأصبع ونحوه في الأصح، فحكمها حينئذ حكم الأبكار.

من تثبت عليه ولاية الاختيار:

تثبت ولاية الاختيار عند المالكية على أصناف أربعة، هي ما يأتي بمقارنتها مع المذاهب الأخرى[1]:

١ً - الثيب البالغة التي زالت بكارتها بزواج صحيح، أو فاسد ولو مجمع على فساده إن درأ الحد لشبهة: فهذه لا تزوج بالاتفاق إلا برضاها وإذنها، لصريح الحديث المتقدم: «الثيب أحق بنفسها من وليها» وفي رواية «والثيب تشاور» فإنه يدل على أن الثيب البالغة لا تزوج إلا برضاها.

٢ً - البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيه: بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف. ويتفق الحنفية مع المالكية في الولاية عليها؛ لأن البالغة العاقلة عند أبي حنيفة وزفر لا تزوج إلا برضاها، بكراً كانت أو ثيباً، لكن الولاية عليها في رأي الحنفية هي ولاية ندب واستحباب.

ويخالف الشافعية والحنابلة في صفة الولاية فيجعلون الولاية عليها ولاية جبر.

٣ً - البكر البالغة التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيمت وهي بكر: لأن إقامة المرأة في بيت الزوج سنة تنزل منزلة الثيوبة في تكميل المهر، فتنزل كذلك في الرضا بالزواج. والحنفية مع المالكية في هذا كالحالة السابقة، ويخالفهم الشافعية والحنابلة، فيجعلون الولاية عليها ولاية جبر.

---

(١) الشرح الصغير: ٣٥٣/٢ - ٣٥٧، الشرح الكبير: ٢٢٣/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ١٩٨ وما بعدها، البدائع: ٢٤٧/٢، مغني المحتاج: ١٤٩/٣، كشاف القناع: ٤٦/٥ وما بعدها.

٤ ـ اليتيمة[1] الصغيرة التي خيف عليها، إما لفساد يلحقها في دينها، بأن كان يتردد عليها أهل الفسوق، أو كانت تتردد هي عليهم، أو لفساد في دنياها كضياع مالها، أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصيه أن يزوجها إذا بلغت عشر سنين، بعد مشاورة القاضي، ليثبت عنده سنها، ويتأكد أنها خلية من زوج وعدة وغيرهما من الموانع الشرعية، ورضاها بالزوج، وأنه كفؤها في الدين والحرية والحال، وأن المهر مهر مثلها، فيأذن لوليها في العقد، ولا يتولى العقد بنفسه مع وجود غيره من الأولياء.

سابعاً ـ كيفية إذن المرأة بالزواج:

اتفق الفقهاء على كيفية صدور الإذن والرضا من المرأة بالزواج بحسب حالها بكراً أو ثيباً[2]، عملاً بالأحاديث الكثيرة، منها: «الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها»[3]، ومنها «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»[4] وفي رواية لهذا الحديث لأبي داود والنسائي: «ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وصمتها إقرارها» سواء أكان الإذن واجباً بالنسبة للولي غير المجبر أم مستحباً بالنسبة للولي المجبر.

وبناء عليه، إذا كانت المرأة بكراً: فرضاها يكون بالسكوت[5]؛ لأن البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيكتفى منها بالسكوت، محافظة

---

(١) غير المجبرة متى كانت صغيرة كانت يتيمة، إذ لو كان لها أب، لكان مجبراً لها.

(٢) البدائع: ٢٤٢/٢، الدر المختار: ٤١١/٢ ـ ٤١٤، الشرح الصغير: ٣٦٦/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٥٠/٣، كشاف القناع: ٤٧/٥ ـ ٤٨.

(٣) رواه الأثرم وابن ماجه.

(٤) رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس (نيل الأوطار: ١٢٠/٦).

(٥) قال الحنفية: إن زنت المرأة مرة واحدة ولم يتكرر زناها، ولم تحد به، فهي بكر حكماً أي يكتفى بسكوتها كيلا تتعطل مصالحها عليها، وقد ندب الشارع إلى ستر الزنا، فكانت بكراً شرعاً، بخلاف ما إذا اشتهر زناها.

على حيائها . ويندب عند المالكية إعلامها بأن سكوتها رضا وإذن منها ، فلا تزوج إن منعت ، بأن قالت : لا أرضى أو لا أتزوج ، أو ما في معناه .

ومثل السكوت : كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء ، والتبسم ، والبكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد ، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء ، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد ، لم يكف ولم يعد إذناً ولا رداً ؛ لأنه يشعر بعدم الرضا ، فلو رضيت صراحة بعده ، انعقد العقد .

أما إن كانت المرأة ثيباً : فرضاها لا يكون إلا بالقول الصريح ، للحديث السابق : «الثيب تعرب عن نفسها» أي تفصح عن رأيها وعما في ضميرها من رضا أو منع ، ولا يكتفى منها بالصمت ؛ لأن الأصل ألا ينسب إلى ساكت قول ، وألا يكون السكوت رضا ، لكونه محتملاً في نفسه ، وإنما اكتفي به في البكر للضرورة ؛ لأنها تستحي عادة من التصريح عن رغبتها في الزواج ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ، ولا ضرورة في حق الثيب ؛ لاعتيادها معاشرة الرجال ، فلا تستحي عادة من إعلان رضاها أو رفضها ، فلا يكتفى بسكوتها عند الاستئذان .

وقال المالكية : يشارك الثيب أبكار ستة ، لا يكتفى منهن بالصمت ، بل لا بد من الإذن بالقول الصريح كالثيب وهن :

١ - البكر التي رشّدها أبوها أو وصيه : بأن أطلق الحجر عنها في التصرف المالي ، وهي بالغ ، فلا بد من إذنها بالقول ، وقد تقدم أنه لا جبر لأبيها عليها .

٢ - البكر التي عُضِلت : أي منعها وليها من الزواج بدون مسوغ ، ورفعت أمرها إلى القاضي ، فتولى تزويجها ، فلا بد من إذنها بالقول .

٣ - البكر المهملة التي لا أب لها ولا وصي إذا زوجت بشيء من العروض (الأمتعة) ، وهي من قوم لا يزوجون بالعروض ، سواء أكان كل الصداق أم بعضه ، أو

يتزوج قومها بعَرَض معين، فزوجها وليها بغيره، فلا بد من نطقها بأن تقول: رضيت بذلك المهر العَرَض.

٤ً ـ البكر ولو كانت مُجْبَرة إذا زوجت برقيق، فلا بد من إذنها بالقول؛ لأن العبد ليس بكفء للحرة.

٥ً ـ البكر، ولو كانت مجبَرة إذا زوجت برجل فيه عيب يوجب لها الخيار كجذام وبرص وجنون وخصاء، فلا بد من نطقها بأن تقول: رضيت به.

٦ً ـ البكر غير المجبرة التي افتات[1] (تعدى) عليها وليها غير المجبر، فعقد عليها بغير إذنها، ثم بلغها خبر زواجها، فرضيت، ويصح الزواج، ولا بد من رضاها بالقول صراحة، حتى ولو كانت قد رضيت به بالخطبة، فلا بد على كل حال من استئذانها في العقد؛ لأن الخطبة غير لازمة، فلا تغني عن استئذانها في العقد وتعيين الصداق.

ويتفق الحنابلة مع المالكية في هذا فإنهم قالوا: إذا زوجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها، وقلنا: يقف على إجازتها، فإجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء أو المطالبة بالمهر والنفقة[2].

---

(١) يصح الافتيات (عدم الاستئذان) على المرأة مطلقاً بكراً أو ثيباً، وعلى الزوج أيضاً بشروط ستة:
الأول ـ أن يقرب الرضا من العقد: كأن يكون بالمسجد مثلاً، ويبلغها الخبر من وقته، قبل مضي اليوم.
الثاني ـ أن يكون الرضا بالقول: فلا يكفي الصمت.
الثالث ـ ألا يرد الزواج قبل الرضا ممن افتيت عليه منهما، فإن رده فلا يصح منه الرضا بعدئذ.
الرابع ـ أن يكون من افتيت عليها بالبلد حال الافتيات والرضا، فإن كان في بلد آخر، لم يصح.
الخامس ـ ألا يقر الولي بالافتيات حال العقد: بأن سكت أو ادعى أنه مأذون، فإن أقرّ به لم يصح.
السادس ـ ألا يكون الافتيات على الزوجين معاً: فإن كان عليهما معاً لم يصح، ولا بد من فسخه (الشرح الصغير: ٣٦٨/٢ وما بعدها، الدسوقي: ٢٢٨/٢).

(٢) المغني: ٤٧٦/٦.

ثامناً ـ عضل الولي وحكمه[1] :

العضل : هو منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما في صاحبه .

وقد نهى الله تعالى جميع الأولياء عن العضل بقوله : ﴿ وإذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ قال معقل بن يسار : « زوجت أختاً لي من رجل فطلقها ، حتى إذا انقضت عدتها ، جاء يخطبها ، فقلت له : زوجتك وأفرشتك وأكرمتك ، فطلقتها ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود إليك أبداً ، وكان رجلاً لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية : ﴿ ولا تعضلوهن ﴾ فقلت : الآن أفعل يا رسول الله ، قال : فزوجها إياه »[2] .

وليس للولي العضل عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد ، لنقصان المهر ، أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت به ، فسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أم دونه ، لم يجز العضل ؛ لأن المهر محض حقها ، وعوض يختص بها ، فلم يكن للأولياء الاعتراض عليها فيه ؛ ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله ، فبعضه أولى .

وقال أبو حنيفة : للأولياء منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها ؛ لأن عليهم فيه عاراً ، وفيه ضرراً على نسائها لنقص مهر مثلهن .

ويرى المالكية أن العضل يتحقق في مسألتين : الأولى : إذا طلبها كفء ورضيت به ، طلبت التزويج به أو لا ، والثانية : ما إذا دعت لكفء ، ودعا وليها لكفء آخر .

---

(١) البدائع : ٢٤٨/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٢٣٢/٢ ، مغني المحتاج : ١٥٣/٣ وما بعدها ، المغني : ٤٧٦/٦ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٠/٥ ، ٥٧ .

(٢) رواه البخاري .

وحصر الشافعية في الأصح والحنابلة العضل في المسألة الأولى، فقالوا: لو عينت المرأة كفؤاً، وأراد الأب غيره، فله ذلك.

وأضاف الحنابلة صورة أخرى للعضل وهي: إذا امتنع الخُطّاب لشدة الولي، لكن الظاهر أنه لا حرمة على الولي هنا؛ لأنه ليس له فعل ذلك.

ممن يكون العضل؟

أ ـ إن كان الولي أباً مجبراً وامتنع من تزويج ابنته المجبرة، فلا يعد عاضلاً إلا إذا تحقق منه الإضرار بها، وظهر الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت.

أما مجرد رد خاطب كفء رضيت به ابنته المجبرة، فلا يعد عضلاً، بل لا يعد عاضلاً لمجبرته برده لكفئها رداً متكرراً، سواء أكان الخاطب واحداً أم أكثر؛ لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يرد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله ما لا يوافق، أو ما يدعو إلى الرد، وقد روي أن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغب فيهن خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يعد واحد منهم عاضلاً.

وكالأب عند المالكية: وصي الأب المجبر، لا يكون عاضلاً بمجرد رد الخاطب الكفء الذي رضيت به المرأة، إلا إذا تحقق منه الإضرار بالمرأة. وقيل: إن الوصي المجبر يعد عاضلاً برد أول كفء.

ب ـ أما إن كان الولي غير مجبر، سواء أكان أباً أم غيره، فإنه يعد عاضلاً في المسألتين السابقتين اللتين ذكرهما المالكية، وفي المسألة الأولى عند الشافعية والحنابلة.

حكم العضل :

يفسق الولي بالعضل إن تكرر منه ؛ لأنه معصية صغيرة .

وإذا عضل الولي تنتقل الولاية عند الإمام أحمد إلى الأبعد ؛ لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب ، فملكه الأبعد ، كما لو جن ، ولأنه يفسق بالعضل - كما بينا - فتنتقل الولاية عنه ، كما لو شرب الخمر . فإن عضل الأولياء كلهم ، زوج الحاكم .

وقال الحنفية والمالكية والشافعية ، وفي رواية عن أحمد : إذا عضل الولي ولو كان مجبراً ، تنتقل الولاية للسلطان ، أي القاضي الآن ، ولا تنتقل للأبعد ، للحديث السابق : « فإذا اشتجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له » ، ولأنه بالعضل خرج من أن يكون ولياً ، ويصبح ظالماً ، ورفع الظلم موكول للقاضي .

تاسعاً - غيبة الولي ، وأسره أو فقده :

للفقهاء آراء ثلاث في غيبة الولي : رأي الحنفية والحنابلة ، ورأي المالكية ، ورأي الشافعية[1] : أما رأي الحنفية والحنابلة : فهو إن غاب الولي غيبة منقطعة ، ولم يوكل من يزوج ، تنتقل الولاية لمن هو أبعد منه من العصبات ، فلو غاب الأب فللجد تزويج المرأة ، دون الحاكم ، للحديث المتقدم : « السلطان ولي من لا ولي له » وهذه المرأة لها ولي ، ولأن هذه ولاية تحتاج إلى نظر وتقدير مصلحة ، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ، ففوض النظر إلى الأبعد ، وهو مقدم على السلطان ، كما إذا مات الأقرب .

وقد أخذ القانون السوري (م ٢٣) بهذا الرأي ، فنص على أنه : إذا غاب الولي

---

(١) فتح القدير : ٤١٥/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٢٩/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٥٧/٣ ، المغني : ٤٧٨/٦ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٧/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٠ .

الأقرب ، ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج ، انتقلت الولاية إلى من يليه .

والغيبة المنقطعة في رأي الحنفية : أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة ، إلا مرة واحدة ، وهو اختيار القدوري ، وقيل : أدنى مدة السفر ، أي مسافة القصر (٨٩ كم) : لأنه لا نهاية لأقصاه ، وهو اختيار بعض المتأخرين .

ويتفق الحنابلة مع الرأي الثاني ، فتكون الغيبة المنقطعة فوق مسافة القصر؛ لأن من دونها في حكم الحاضر.

وأما رأي الشافعية : فهو إن غاب الولي الأقرب نسباً ، إلى مرحلتين ، أي مسافة القصر، ولا وكيل له حاضر في البلد . زوج السلطان أو نائبه أي سلطان بلدها لا سلطان غير بلدها ، ولا الأبعد على الأصح ؛ لأن الغائب ولي ، والتزويج حق له ، فإذا تعذر استيفاؤه منه ناب عنه الحاكم . فإن غاب دون مسافة القصر لا يزوج إلا بإذنه في الأصح . لقصر المسافة ، فيراجع فيحضر، أو يوكل كما لو كان مقيماً .

وأما رأي المالكية ففيه تفصيل : بحسب غيبة الولي المجبر، وغيبة الولي غير المجبر.

أ ـ فإن كان الغائب هو الولي المجبر وهو الأب ووصيه : فإما أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة . فإن كانت الغيبة قريبة كعشرة أيام ذهاباً ، فلا تزوج المرأة التي في ولايته حتى يعود ، إذا كانت النفقة جارية عليها أي تجد النفقة الكافية ، ولم يخش عليها الفساد ، وكانت الطريق مأمونة ، وإلا زوجها القاضي .

وإن كانت الغيبة بعيدة كثلاثة أشهر فأكثر، كالسفر في الماضي إلى أفريقية : فإن كان يرجى قدومه ، كمن خرج لتجارة أو حاجة ، فلا تزوج المرأة حتى يعود . وإن كان لا يرجى قدومه ، فللقاضي دون غيره من الأولياء أن يتولى تزويجها إذا كانت بالغاً ، ولو دامت نفقتها على الراجح ، وإذنها صمتها على الصواب . فإن لم تكن

بالغاً ، لا يزوجها مالم يخف عليها الفساد ، فإن خيف فسادها ، زوجها ولو جبراً على المعتمد ، سواء أكانت بالغة أم غير بالغة ، ولو كانت غيبة الولي قريبة .

ب ـ وإن كان الغائب هو الولي غير المجبر كالأخ والجد :

فإن كانت الغيبة قريبة كثلاثة أيام من بلد المرأة ونحوها ، ودعت إلى الزواج بكفء ، وأثبتت ماتدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة ، زوجها الحاكم دون الولي الأبعد ؛ لأن الحاكم وكيل الغائب .

وإن كانت الغيبة دون الثلاث ، أرسل إليه الحاكم ، فإن حضر أو وكل أحداً عنه ، تم المطلوب ، وإلا زوجها الولي الأبعد دون القاضي .

وإن كانت الغيبة بعيدة كأكثر من ثلاثة أيام ، فللقاضي أن يزوجها ؛ لأنه وكيل الغائب ، ولو زوجها الولي الأبعد صح مع الكراهة . وهذا إذا لم يكن للغائب وكيل مفوض ، فإن كان له وكيل مفوض تولى الزواج ؛ لأنه مقدم على غيره إذ هو بمثابة الأصيل .

الغيبة بسبب الأسر أو الفقد :

المشهور من مذهب المالكية : أنه إذا كانت الغيبة بسبب أسر الولي الأقرب أو فقده ، ولم يعلم مكانه ، ولم يعرف خبره ، زوج الولي الأبعد ، ولا تنتقل إلى القاضي ، من غير فرق بين الولي المجبر وغير المجبر ؛ لأن الأسر أو الفقد بمنزلة الموت .

وكذلك قال الحنابلة : إن كان الولي القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته ، فهو كالبعيد ، فتنتقل الولاية للأبعد .

المبحث الثالث ـ الوكالة في الزواج :

يستمد الوكيل سلطته من الموكل ، فينفذ تصرفه عليه ، فتكون الوكالة نوعاً من الولاية ، لنفاذ تصرف الوكيل على الموكل كنفاذ تصرف الولي على المولى عليه .

ونبحث هنا الأمور التالية : صحة التوكيل بالزواج ، مدى صلاحية الوكيل ، حقوق العقد في الوكالة بالزواج ، انعقاد الزواج بعاقد واحد[1] .

أولاً ـ صحة التوكيل بالزواج :

يرى الحنفية : أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية أي بالغاً عاقلاً حراً ؛ لأن للمرأة عندهم أن تزوج نفسها ، فلها أن توكل غيرها في العقد ؛ عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة : كل ما جاز للإنسان أن يباشره من التصرفات بنفسه ، جاز له أن يوكل غيره فيه ، إذا كان التصرف يقبل النيابة .

ويصح التوكيل بالعبارة أو الكتابة ، ولا يشترط بالاتفاق الإشهاد عند صدور التوكيل ، وإن كان يستحسن للوكيل أن يشهد على التوكيل ، للاحتياط خوفاً من الإنكار عند النزاع .

ويرى الجمهور غير الحنفية : أنه لا يصح للمرأة توكيل غير وليها في الزواج ؛ لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها ، فلا تملك توكيل غيرها فيه . لكن يجوز لولي المرأة المجبر التوكيل في التزويج بغير إذنها ، كما يزوجها بغير إذنها . ولا يشترط تعيين الزوج ، فيجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً ، فالمقيد : التوكيل في تزويج رجل بعينه . والمطلق : التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء .

ويوكل الولي مثله في الذكورة والبلوغ والحرية والإسلام وعدم الإحرام بحج أو عمرة ، وعدم العَتَه (ضعف العقل) .

وأباح المالكية للزوج أن يوكل من قام به مانع من موانع الولاية غير مانع

---

(١) فتح القدير : ٤٢٧/٢ ـ ٤٣٣ ، تبيين الحقائق : ١٣٢/٢ ـ ١٣٥ ، الشرح الصغير : ٣٧٢/٢ ، الشرح الكبير : ٢٣١/٢ ـ ٢٣٢ ، مغني المحتاج : ١٥٧/٣ وما بعدها ، المغني : ٤٦٢/٦ وما بعدها ، المهذب : ٣٨/٢ .

الإحرام بحج أو عمرة ، والعته (ضعف العقل) ، فيجوز له أن يوكل نصرانياً أو عبداً أو امرأة وصبياً مميزاً على عقد نكاحه .

وأما الولي غير المجبر: فلا يجوز له التوكيل عند الشافعية إلا بإذن المرأة ، فإن قالت له : وكِّلْ وكَّلَ ، وإن نهته فلا يوكل . وإن قالت له : زوجني ، فله التوكيل في الأصح ؛ لأنه بالإذن متصرف بالولاية ، فأشبه الوصي والقيم ، وهما يتمكنان من التوكيل بغير إذن . ولو وكل الولي غير المجبر قبل استئذان المرأة في النكاح ، لم يصح في الصحيح ، لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذ ، فكيف يوكل غيره ؟

وقال الحنابلة : لا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في التوكيل ، ولا حضور شاهدين ، سواء أكان الموكل أباً أم غيره ؛ لأنه إذن من الولي في التزويج ، فلم يفتقر إلى إذن المرأة ، ولا إلى إشهاد ، كإذن الحاكم ، لكن يثبت للوكيل ما يثبت للموكل ، فإن كان الولي مجبراً لم يحتج لاستئذان المرأة ، وإن كان غير مجبر احتاج إلى إذنها ومراجعتها ؛ لأنه نائب .

وعبارة وكيل الولي في عقد الزواج كما أوضح الشافعية هي : أن يقول : زوجتُك بنت فلان . ويقول الولي لوكيل الزوج : زوجت بنتي فلاناً ، فيقول وكيله : قبلت نكاحها له .

ثانياً- مدى صلاحية الوكيل :

الوكيل في الزواج كالوكيل في سائر العقود ، فلا يجوز له عند الحنفية أن يوكل غيره ؛ لأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره ، إلا إن أذن له الموكل ، بأن يوكل عنه من شاء ، أو فوض إليه أمر زواجه ، فله حينئذ أن يوكل عنه .

وتتحدد صلاحيات الوكيل عند الحنفية بحسب نوع الوكالة مطلقة أو مقيدة ؛ لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل ، فلا يملك إلا ما وكله ، وينفذ عليه تصرفه فيما

وكله فيه ، ويكون فضولياً فيما عداه ، فيتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

١ ـ الوكالة المقيدة : بأن يقيد الموكل الوكيل في التزويج بأوصاف معينة . فيتقيد فيها الوكيل بما قيده به الموكل ، وليس له أن يخالفه فيما قيده به ، إلا إذا كانت المخالفة لخير الموكل ، فحينئذ ينفذ العقد على الموكل . وإن تقيد بالقيد نفذ العقد أيضاً ، وإن خالف القيد توقف عند الحنفية والمالكية نفاذ العقد على إجازة الموكل ، حتى ولو حصل دخول بالمرأة دون أن يعلم الموكل بالمخالفة .

وعلى هذا إن قيده بامرأة معينة بالاسم ، أو من الأسرة الفلانية ، فإن زوجه بها نفذ العقد عليه ، وإن خالف فزوجه غيرها كان مخالفاً ، وتوقف نفاذ العقد على إجازة الموكل ، فإن أجازه نفذ ، وإن لم يجزه بطل ؛ لأن الوكيل يصبح بالمخالفة فضولياً ، وعقد الفضولي عند الحنفية والمالكية موقوف على إجازة صاحب الشأن فيه .

وإن قيده بمهر معين ، فزوجه به ، كان العقد نافذاً على الموكل ، وإن خالف كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل ، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير الموكل ، فيصح العقد وينفذ ، كأن قال : زوجني بألف فزوجه بأقل من ألف ، نفذ العقد من غير إجازة الموكل .

ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة ، فزوجه ثنتين في عقد واحد ، لم تلزمه واحدة منهما ؛ لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ، ولا إلى التنفيذ في إحداهما لا على التعيين ، للجهالة ، ولا إلى تعيين واحدة منهما ، لعدم الأولوية ، فتعين التفريق .

٢ ـ الوكالة المطلقة : بأن لم يعين الموكل امرأة معينة ولا وصفاً معيناً ولا مهراً ، وقد اختلف أئمة الحنفية فيها :

فرأى أبو حنيفة : أن للوكيل أن يزوجه بأية امرأة ولو غير كفء له ، وبأي

مهر، إلا إذا كان التصرف موضع تهمة ؛ لأن القاعدة فيه عنده أن المطلق يجري على إطلاقه، فيرجع إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة، فله أن يزوجه بمقدار مهر المثل أو أكثر، أو يزوجه عمياء أو شلاء أو شوهاء، وإذا كان الموكل هو المرأة فينفذ العقد عليها متى كان الزوج كفؤاً[1] سواء أكان الزواج بمهر المثل أم أقل، وسواء أكان الزوج صحيحاً أم مشوهاً، عملاً بالإطلاق، فأبو حنيفة يراعي عبارة الموكل ولفظه.

ورأى الصاحبان وباقي المذاهب : أنه يتقيد الوكيل بالمتعارف استحساناً ؛ لأن الإطلاق مقيد عرفاً وعادة بالكفء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا زوجه امرأة كفؤاً ملائمة له، وهي السليمة من العيوب وبمهر لا غبن فيه، كان الزواج نافذاً على الموكل، وإن زوجه بعمياء أو مقطوعة اليدين أو مفلوجة أو مجنونة أو رتقاء، أو بمهر مصحوب بغبن فاحش، توقف العقد عند الصاحبين والمالكية على إجازة الموكل، لمخالفته المعروف بين الناس في الوكالات. ولم يصح العقد عند الشافعية والحنابلة.

وهذا هو الرأي الراجح، وينبغي أن تكون عليه الفتوى عند الحنفية، وهو المعمول به في محاكم مصر. وبه يتبين أن الصاحبين يحكمان العرف والعادة.

ولكن هناك مسائل اتفق عليها أبو حنيفة مع صاحبيه وهي :

أ ـ إذا كانت المرأة هي الموكلة فعلى الوكيل أن يزوجها بكفء ؛ لأن المرأة لا ترغب عادة إلا في الكفء، لمصلحة نفسها، ولئلا يعترض عليها أولياؤها.

ب ـ إذا وكل رجل غيره أن يزوجه امرأة عمياء، فزوجه مبصرة، فإن العقد ينفذ عليه ؛ لأنها مخالفة إلى خير مما عين الموكل.

---

(١) الفرق بين الرجل والمرأة : أن المرأة تعير بغير الكفء، فيتقيد إطلاقها به، بخلاف الرجل فإنه لا يعيره أحد بعدم كفاءتها له : لأنه مستفرش واطئ لا يغيظه دناءة الفراش.

جـ - إذا وكل الرجل آخر أن يزوجه، فزوجه صغيرة لا يجامع مثلها، جاز اتفاقاً. فإن كانت الصغيرة بنتاً له أو بنت أخيه التي في ولايته، لم ينفذ العقد على الموكل لتحقق التهمة المانعة من نفاذ العقد، وهي العمل لمصلحته.

وإن كانت بنتاً له كبيرة برضاها لم ينفذ العقد عند أبي حنيفة لتحقق التهمة، وينفذ عند الصاحبين: لأنه ليس له عليها ولاية إجبار.

أما إن زوجه الوكيل أختاً له كبيرة برضاها، نفذ العقد بالاتفاق، لانتفاء التهمة.

د - إذا وكله أن يزوجه فلانة أو فلانة، فزوجه إحداهما، نفذ العقد؛ لوجود التخيير في التوكيل.

هـ - إذا وكله أن يزوجه امرأة من غير تعيين، فزوجه امرأتين في عقدين مختلفين، نفذ الأول منهما، وتوقف الثاني على إجازة الموكل.

و - إذا وكلت امرأة رجلاً في تزويجها، فزوجها من نفسه، لم ينفذ العقد عليها إلا بالإجازة. وكذا إذا وكل الرجل امرأة أن تزوجه فزوجته من نفسها، لم ينفذ العقد عليه إلا بإجازته، لتحقق التهمة في الحالتين. وكذا لا ينفذ العقد عند أبي حنيفة إن زوج الوكيل موكلته من أبيه أو ابنه لتحقق التهمة بسبب البنوة. وينفذ العقد عند الصاحبين: لأن البنوة ليست من التهمة عندهما.

وتلافى المالكية بعض هذه الخلافات فقالوا: إذا وكلت المرأة وليها غير المجبر أن يزوجها ممن أحب، وجب عليه أن يعين لها الزوج قبل العقد، لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال. فإن لم يعين الزوج لها، كان العقد موقوفاً على إجازتها، سواء أزوجها من نفسه كابن العم والكافل والحاكم، أم زوجها من غيره، لاختلاف أغراض النساء من الرجال.

ثالثاً ـ حقوق العقد في الوكالة بالزواج :

حقوق العقد : هي الأعمال التي لا بد منها لتنفيذ مقتضى العقد ، كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء . ومن المتفق عليه أن حقوق عقد الزواج ترجع إلى الأصيل ، وأما الوكيل فهو مجرد سفير ومعبر عن الموكل ، فلا ترجع إليه حقوق العقد ، فلا يطالب بإزفاف المرأة إلى زوجها ، ولا بأداء المهر ولا غيره من الواجبات كالنفقة إلا أن يكون كفيلاً بما ذكر ، وهذا بخلاف البيع أو الشراء ، فإن حقوق العقد ترجع عند الجمهور غير الحنابلة إلى الوكيل لا إلى الموكل .

وحكم الرسول في الزواج كالوكيل .

وبناء عليه ، تطالب الزوجة بزفافها إلى زوجها ، ويطالب الزوج نفسه بأداء المهر إلى زوجته ، وتقبض المرأة مهرها ، وليس لوكيلها قبضه إلا بإذن منها صراحة أو دلالة ، وإذا قبضه الأب أو الجد ولم تطالب به المرأة ، كان سكوتها عند الحنفية إذناً دلالة للأب أو الجد بالقبض ، فيصح قبضه وتبرأ ذمة الزوج من المهر ، عملاً بما هو المعتاد بين الناس أن يقبض الآباء مهور بناتهم . وإذا كانت الزوجة ثيباً ، فلا بد من الإذن الصريح بالقبض إذا كان الوكيل غير الأب أو الجد ، ولا يعد سكوتها رضا بالقبض .

وفصل المالكية بين المرأة المجبرة وغير المجبرة ، فإذا كانت مجبرة ، فلوليها المجبر قبض مهرها بدون توكيل منها ، وإذا كانت رشيدة غير مجبرة ، فليس لوليها قبض المهر إلا بتوكيل صريح منها بالقبض .

رابعاً ـ انعقاد الزواج أحياناً بعاقد واحد :

الأصل في العقود تعدد العاقدين ، لكن أجاز جمهور الحنفية غير زفر انعقاد الزواج أحياناً بعاقد واحد ، وهو كما بينا سابقاً في أحوال خمسة هي[1] :

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٤٤٦/٢ ـ ٤٥٢

الأولى ـ أن يكون متولي العقد أصيلاً عن نفسه ووليًا عن الجانب الآخر: فيجوز لابن العم أن يـزوج بنت عمـه من نفسـه؛ لأن الـوكيـل في النكاح سفير ومعبر عن الأصيل، ولا يرجع إليه شيء من حقوق العقد.

الثـانيـة ـ أن يكون العـاقـد أصيلاً عن نفسـه ووكيلاً عن الطرف الآخر: كما لو وكلته امرأة أن يزوجها من نفسه، فقال أمام الشهود: قـد وكلتني فلانـة بنت فلان أن أزوجها من نفسي، فاشهدوا أني تزوجتها.

وهذا بخلاف ما لو وكلته بتزويجها من رجل، فزوجها من نفسـه، أو من أبيـه أو ابنه عند أبي حنيفة، لم يصح زواجها؛ لأنها نصبته مزوجاً لا متزوجاً. وكذا لو وكلتـه في أن يتصرف في أمرهـا أو قـالت لـه: زوج نفسي ممن شئت، لم يصـح تـزويجهـا من نفسه.

الثالثة ـ أن يكون وليًا للجـانبين: كأن يزوج الجـد بنت ابنـه ابن ابنـه الآخر، وكأن يزوج بنته الصغيرة لابن أخيه الصغير الذي هو في ولايته.

الرابعـة ـ أن يكـون وكيـلاً للجـانبين: كأن يـوكلـه رجـل وامرأة في زواجهما، فيقول: زوجت فلانة من فلان.

الخامسة ـ أن يكون وليًا من جانب ووكيلاً من الجانب الآخر: كأن يوكله رجل أن يزوجه بنته الصغيرة، فيزوجه إياها.

أما الفضولي فلا يصح عنـد أبي حنيفـة ومحمـد أن يتولى العقـد من الجـانبين ولو تكلم بكلامين، أي بـإيجـاب وقبول، في أحـوال أربعـة هي: أن يكـون فضـوليـاً من الجانبين، أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب آخر، أو فضولياً من جـانب ووليـاً من جـانب آخر، أو فضـوليـاً من جـانب ووكيـلاً من جـانب آخر، فمن قـال مثـلاً: اشهـدوا أني تزوجت فلانـة، فبلغهـا الخبر فـأجـازت، فهو بـاطـل. وإن قـال آخر: اشهدوا أني قد زوجتها منه فبلغها الخبر جاز.

إذ أنه ليس في مسائل الفضولي الأربع قرينة تدل على أنه قام مقام الأصيل، وأنه يملك التعبير عنه، فعبارته لا تقوم مقام عبارتين، ولم يحدث بعبارته إلا الإيجاب وحده، وهو شطر العقد، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس، فيحدث القبول من الغائب دون أن يجد إيجاباً يلتقي معه؛ لأنه أصبح هدراً.

أما في المسائل الأولى في حال الولاية أو الوكالة، فقد دلت دلالة مقارنة على أن العاقد قام مقام الأصيل، وأنه معبر عنه، فتقوم عبارته مقام عبارة الأصيل، وتصبح عبارته مفيدة معنى الإيجاب والقبول.

وأجاز أبو يوسف انعقاد الزواج بعاقد واحد في هذه المسائل كلها، فإذا زوجت المرأة نفسها غائباً فبلغه الخبر، فأجاز، جاز عنده؛ لأنه لا مانع أن تقوم عبارة العاقد الواحد مقام عبارتين، كالمقرر بحكم الوكالة أو الولاية الثابتتين حال العقد، ويكون العقد فيما وراء المجلس موقوفاً على إجازة صاحب الشأن، ولا محذور؛ لأن حقوق عقد الزواج ترجع إلى الأصيل.

وإذا جرى العقد بين فضوليين أو بين فضولي وأصيل، جاز باتفاق الحنفية، ويكون موقوفاً على إجازة الغائب؛ لأن عبارة كل واحد منهما تقوم مقام عبارة الأصيل، لتعدد العاقد حقيقة، فيكون ما جرى بين الفضوليين عقداً تاماً لوجود الإيجاب والقبول، والعقد الكامل يتوقف على ما وراء مجلس العقد. هذا والفضولي قبل الإجازة لا يملك نقض النكاح، بخلاف البيع؛ لأنه في البيع ترجع إليه حقوق العقد، أما في النكاح فترجع الحقوق إلى المعقود له.

وقرر زفر والشافعي والجمهور: أنه لا يجوز الزواج بعاقد واحد؛ لأن الشخص الواحد لا يتصور أن يكون مُملِّكاً ومتملكاً، لكن استثنى الشافعي مسألة الولي كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر، فيجوز للضرورة، ولا ضرورة في حق الوكيل وغيره من الأحوال الأخرى.

وأجاز المالكية لابن العم والمولى ووكيل الولي والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى طرفي العقد، وليشهد كل واحد منهم على رضاها خوفاً من منازعتها، بشرط أن يعين لها أنه الزوج، فرضيت بالقول إن كانت ثيباً ومن في حكمها من الأبكار الستة أو السبعة المتقدمة، أو بالصمت إن كانت بكراً ليست من السبعة المتقدمة، ويتم الزواج بقوله: تزوجتك بكذا من المهر، وترضى به، ولا بد من الإشهاد على رضاها بالعقد ولو بعد عقده لنفسه بعد أن كانت مقرة بالعقد، ولا يحتاج لقوله: قبلت نكاحك بنفسي بعدئذ؛ لأن قوله «تزوجتك» فيه قبول.

الفصل الخامس

الكفاءة في الزواج

معناها وآراء الفقهاء في اشتراطها، نوع شرط الكفاءة، صاحب الحق في الكفاءة، من تطلب في جانبه الكفاءة، ما تكون فيه الكفاءة أو أوصاف الكفاءة، وتبحث في مباحث خمسة:

المبحث الأول ـ معنى الكفاءة وآراء الفقهاء في اشتراطها:

الكفاءة لغة: المماثلة والمساواة، يقال: فلان كفء لفلان أي مساو له. ومنه قوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»[1] أي تتساوى، فيكون دم الوضيع منهم كدم الرفيع. ومنه قوله تعالى: ﴿ولم يكن له كفواً أحد﴾ أي لا مثيل له.

وفي اصطلاح الفقهاء: المماثلة بين الزوجين دفعاً للعار في أمور مخصوصة، هي عند المالكية: الدين، والحال (أي السلامة من العيوب التي توجب لها الخيار)، وعند الجمهور: الدين، والنسب، والحرية، والحرفة (أو الصناعة)، وزاد الحنفية والحنابلة: اليسار (أو المال)[2].

ويراد منها تحقيق المساواة في أمور اجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة

---

(١) رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن علي كرم الله وجهه.

(٢) الدسوقي: ٢٤٨/٢، كشاف القناع: ٧٢/٥، مغني المحتاج: ١٦٤/٣، اللباب: ١٢/٣، حاشية ابن عابدين: ٤٣٦/٢.

الزوجية، وتحقيق السعادة بين الزوجين، بحيث لا تعير المرأة أو أولياؤها بالزوج بحسب العرف.

وأما آراء الفقهاء في اشتراط الكفاءة، فلهم رأيان[1]:

الرأي الأول- رأى بعضهم كالثوري، والحسن البصري، والكرخي من الحنفية: أن الكفاءة ليست شرطاً أصلاً، لا شرط صحة للزواج ولا شرط لزوم، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفؤاً للزوجة أم غير كفء، واستدلوا بما يأتي:

أ- قوله ﷺ: «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على عجمي، إنما الفضل بالتقوى»[2] فهو يدل على المساواة المطلقة، وعلى عدم اشتراط الكفاءة، ويدل له قوله تعالى: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ وقوله تعالى: ﴿وهو الذي خلق من الماء بشراً﴾ وحديث: «ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى»[3].

ورد عليه بأن معناه أن الناس متساوون في الحقوق والواجبات، وأنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى، أما فيما عداها من الاعتبارات الشخصية التي تقوم على أعراف الناس وعاداتهم، فلا شك في أن الناس يتفاوتون فيها، فهناك تفاضل في الرزق والثروة: ﴿والله فضل بعضكم على بعض في الرزق﴾ وهناك تفاضل في العلم يقتضي التكريم: ﴿يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات﴾ وما يزال الناس يتفاوتون في منازلهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية، وهو مقتضى الفطرة الإنسانية، والشريعة لا تصادم الفطرة والأعراف والعادات التي لا تخالف أصول الدين ومبادئه.

---

(١) فتح القدير: ٤١٧/٢ وما بعدها، البدائع: ٣١٧/٢، تبيين الحقائق: ١٢٨/٢، الدسوقي مع الشرح الكبير: ٢٤٨/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٦٤/٣، المهذب: ٣٨/٢، كشاف القناع: ٧١/٥ وما بعدها، المغني: ٤٨٠/٦ وما بعدها.

(٢) أخرجه ابن لال بلفظ قريب عن سهل بن سعد «الناس كأسنان المشط، لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى» (سبل السلام: ١٢٩/٣).

(٣) رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح عن أبي نضرة (مجمع الزوائد: ٢٦٦/٣).

٢ً ـ الحديث المتقدم : وهو أن بلالاً رضي الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار، فأبوا أن يزوجوه، فقال له رسول الله ﷺ : «قل لهم : إن رسول الله ﷺ يأمركم أن تزوجوني» أمرهم النبي ﷺ بالتزويج عند عدم الكفاءة، ولو كانت معتبرة لما أمر؛ لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به.

ويؤكده أن سالم مولى امرأة من الأنصار زوجه أبو حذيفة من ابنة أخيه : هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة[1] . وكذلك أمر النبي ﷺ امرأة قرشية هي فاطمة أخت الضحاك بن قيس، وهي من المهاجرات الأول أن تتزوج أسامة قائلاً لها : «انكحي أسامة»[2] ، وروى الدارقطني أن أخت عبد الرحمن بن عوف كانت تحت بلال.

ويدل له : «أن أبا هند حجم النبي ﷺ في اليافوخ، فقال النبي ﷺ : يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند، وانكحوا إليه»[3] . ورد على الأحاديث بمعارضتها بأحاديث أخرى تتطلب الكفاءة فتكون محمولة على الندب والأفضل، وبأن التسوية بين العرب وغيرهم إنما هو في أحكام الآخرة، أما في الدنيا فقد ظهر فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا.

٣ً ـ الدماء متساوية في الجنايات، فيقتل الشريف بالوضيع، والعالم بالجاهل، فيقاس عليها عدم الكفاءة في الزواج، فإن كانت الكفاءة غير معتبرة في الجنايات، فلا تكون معتبرة في الزواج بالأولى.

ورد عليه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن التساوي في القصاص في مسائل الجنايات، إنما طلب لمصلحة الناس وحفظ حق الحياة، حتى لا يتجرأ ذو الجاه أو

---

(١) رواه البخاري والنسائي وأبو داود عن عائشة (نيل الأوطار : ١٢٨/٦) .

(٢) رواه مسلم عن فاطمة بنت قيس (سبل السلام : ١٢٩/٣) .

(٣) رواه أبو داود عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٢٨/٦) .

النسب على قتل من دونه ممن لا يكافئه . أما الكفاءة في الزواج فلتحقيق مصالح الزوجين من دوام العشرة مع المودة والألفة بينهما ، ولا تتحقق تلك المصالح إلا باشتراط الكفاءة .

الرأي الثاني - رأى جمهور الفقهاء (منهم المذاهب الأربعة) : أن الكفاءة شرط في لزوم الزواج ، لا شرط صحة فيه ، للأدلة التالية من السنة والمعقول :

١ً - السنة : حديث علي أن النبي ﷺ قال له : « ثلاث لا تؤخر : الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت لها كفؤاً »[١] .

وحديث جابر : « لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ، ولا يزوجوهن إلا الأولياء ، ولا مهر دون عشرة دراهم »[٢] .

وحديث عائشة : « تخيروا لنطفكم ، وأنكحوا الأكفاء »[٣] .

وحديث ابن عمر : « العرب بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل إلا حائك أو حجام »[٤] .

وحديث عائشة وعمر : « لأمنعن تزوّج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء »[٥] .

وحديث أبي حاتم المزني : « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه ، فأنكحوه ، إلا تفعلوه ، تكن فتنة في الأرض وفساد كبير »[٦] وفيه دليل على اعتبار الكفاءة .

---

(١) رواه الترمذي والحاكم عن علي (نيل الأوطار : ١٢٨/٦) .

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي عن جابر بن عبد الله ، وفيه مبشر بن عبد الله متروك الحديث (نصب الراية : ١٩٦/٣) .

(٣) روي من حديث عائشة ، ومن حديث أنس ، ومن حديث عمر بن الخطاب ، من طرق عديدة كلها ضعيفة (نصب الراية : ١٩٧/٣) .

(٤) رواه الحاكم عن عبد الله بن عمر ، وهو حديث منقطع (نصب الراية ، نيل الأوطار ، المكان السابق) .

(٥) رواه الدارقطني (نيل الأوطار : ١٢٧/٦) .

(٦) رواه الترمذي ، وقال : هذا حديث حسن غريب ، وعده أبو داود في المراسيل (نيل الأوطار : ١٢٧/٦) .

وحديث بريدة المتقدم الذي جعل فيه النبي ﷺ الخيار لفتاة زوجها أبوها ابن أخيه ليرفع بها خسيسته[1].

وحديث «العلماء ورثة الأنبياء»[2] وحديث «الناس معادن كمعادن الذهب والفضة، خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام، إذا فقهوا»[3].

قال الشافعي: أصل الكفاءة في النكاح حديث بريدة، فقد خيرها النبي ﷺ، لما لم يكن زوجها كفؤاً لها بعد أن تحررت، وكان زوجها عبداً.

وقال الكمال بن الهمام[4]: هذه الأحاديث الضعيفة من طرق عديدة يقوي بعضها بعضاً، فتصبح حجة بالتضافر والشواهد، وترتفع إلى مرتبة الحسن، لحصول الظن بصحة المعنى، وثبوته عنه ﷺ، وفي هذا كفاية.

٢ ـ المعقول: وهو أن انتظام المصالح بين الزوجين لا يكون عادة إلا إذا كان هناك تكافؤ بينهما؛ لأن الشريفة تأبى العيش مع الخسيس، فلا بد من اعتبار الكفاءة من جانب الرجل، لا من جانب المرأة؛ لأن الزوج لا يتأثر بعدم الكفاءة عادة، وللعادة والعرف سلطان أقوى وتأثير أكبر على الزوجة، فإذا لم يكن زوجها كفؤاً لها، لم تستمر الرابطة الزوجية، وتتفكك عرى المودة بينهما، ولم يكن للزوج صاحب القوامة تقدير واهتمام. وكذلك أولياء المرأة يأنفون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم، ويعيرون به، فتختل روابط المصاهرة أو تضعف، ولم تتحقق أهداف الزواج الاجتماعية، ولا الثمرات المقصودة من الزوجية.

---

(١) رواه ابن ماجه وأحمد والنسائي من حديث ابن بريدة (نيل الأوطار : ١٢٧/٦) .

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن حبان من حديث أبي الدرداء ، وضعفه الدارقطني في العلل (نيل الأوطار : ١٢٨/٦) .

(٣) متفق عليه (رياض الصالحين : ص ١٦٤) .

(٤) فتح القدير : ٤١٧/٢ وما بعدها .

وهـذا الرأي هو المعمول بـه في أغلب البلاد الإسلاميـة كمصر وسوريـة وليبيـا .
والذي يظهر لي رجحان مذهب الإمام مالـك في هـذا الشـأن ، وهو اعتبـار الكفـاءة فقط في الدين والحال ، أي السلامـة من العيوب التي توجب للمرأة الخيـار في الزواج ، وليس الحـال بمعنى الحسب والنسب وإنمـا ينـدب ذلـك فقـط ، والسبب هـو ضعف أحاديث الجمهور ، ولأن الدليل الأقوى للجمهور وهو المعقول يعتمد على العرف ، فـإذا كان العرف بين الناس كما في عصرنا الحاضر هو عدم النظر إلى الكفـاءة ، وأصبح مبـدأ المساواة هو الأساس في التعامل ، وزالت المعـاني القبليـة والتمييز الطبقي بين النـاس ، فلم يعد هناك مسوغ للكفاءة .

المبحث الثاني - نوع شرط الكفاءة :

هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم ؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعـة في الراجح عنـد الحنـابلـة والمعتمـد عنـد المـالكيـة والأظهر عند الشـافعيـة[1] على أن الكفـاءة شرط لزوم في الزواج ، وليست شرطـاً في صحة النكاح ، فـإذا تزوجت المرأة غير كفء ، كان العقـد صحيحـاً ، وكان لأوليـائهـا حق الاعتراض عليـه وطلب فسخـه ، دفعـاً لضرر العـار عن أنفسهم ، إلا أن يسقطـوا حقهم في الاعتراض فيلزم ، ولو كانت الكفاءة شرط صحة لما صح ، ولو أسقط الأولياء حقهم في الاعتراض ؛ لأن شرط الصحة لا يسقط بالإسقاط .

وقد أخذ القانون السوري (م ٢٦) باعتبار كون الكفاءة شرط لزوم ، ونص هذه المـادة : « يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجـل كفـؤاً للمرأة » ونصت المـادة (٢٧) على أنه : «إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي ، فإن كان الزوج كفؤاً ، لزم

---

(١) البـدائـع : ٣١٧/٢ ، الـدسـوقي : ٢٤٩/٢ ، مغني المحتـاج : ١٦٤/٣ ، المهـذب : ٣٨/٢ ، كشـاف القنـاع : ٧١/٢ ، المغني : ٤٨٠/٦ ، فتح القدير : ٤١٩/٢ ، اللباب : ١٢/٣ .

العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح» وهذا هو المختار لدى واضعي قانون الأحوال الشخصية في مصر.

تفصيل رأي الحنفية في شرط الكفاءة:

الكفاءة عند الحنفية في الجملة تعد شرط لزوم[1]، لكن المفتى به عند المتأخرين أن الكفاءة شرط لصحة الزواج في بعض الحالات، وشرط لنفاذه في بعض الحالات، وشرط للزومه في حالات أخرى.

أما الحالات التي تكون الكفاءة فيها **شرطاً لصحة الزواج**، فهي ما يأتي[2]:

أ - إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء أو بغبن فاحش، وكان لها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد، لم يصح الزواج أصلاً، لا لازماً ولا موقوفاً على الرضا بعد البلوغ.

٢ً - إذا زوج غير الأصل (الأب والجد) أو الفرع (الابن) عديم الأهلية أو ناقصها، أي المجنون والمجنونة أو الصغير والصغيرة من غير كفء، فإن الزواج فاسد؛ لأن ولاية هؤلاء منوطة بالمصلحة، ولا مصلحة في التزويج بغير الكفء.

٣ً - إذا زوج الأب أو الابن المعروف بسوء الاختيار[3] عديم الأهلية أو ناقصها، من غير كفء أو بغبن فاحش، لم يصح النكاح اتفاقاً. وكذا لو كان سكران، فزوج المرأة من فاسق أو شرير أو فقير أو ذي حرفة دنيئة، لظهور سوء اختياره، وانعدام المصلحة في هذا الزواج.

---

(١) الدر المختار: ٤٣٧/٢ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٤١٨/٢ - ٤٢٠ ، ٤٣٦ .

(٣) سوء الاختيار والرأي: أن يكون الشخص فاسقاً أو ماجناً لايبالي بما يصنع، أو يكون سفيهاً طماعاً (رد المحتار لابن عابدين: ٤١٨/٢).

ويلزم النكاح ولو بغبن فاحش بنقص مهرها وزيادة مهره، أو زوجها بغير كفء إن كان الولي المزوج أباً أو جداً أو ابن المجنونة إذا لم يعرف منهما سوء الاختيار.

وتكون الكفاءة **شرطاً لنفاذ الزواج :**

إذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان ولياً أم أجنبياً عنها، فزوجها بغير كفء، كان العقد موقوفاً على إجازتها؛ لأن الكفاءة حق للمرأة ولأوليائها، فإذا لم يكن الزوج كفؤاً لها، لا ينفذ العقد إلا برضاها[1].

وتكون الكفاءة **شرطاً للزوم الزواج** في ظاهر الرواية :

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من كفء، كان الزواج لازماً، وليس لوليها حق الاعتراض وطلب الفسخ، فإن زوجت نفسها من غير كفء، كان لوليها العاصب حق الاعتراض[2].

وبه تشبه الكفاءة عندالحنفية ولاية الزواج، ففي حالات قد تكون الولاية شرطاً في صحة الزواج، وقد تكون شرطاً في نفاذه، وقد تكون شرطاً في لزومه.

ومن المعلوم أن شروط لزوم الزواج عند الحنفية أربعة هي باختصار:

١ً - أن يكون الولي في تزويج الصغير والصغيرة هو الأب أو الجد. أما غيرهما كالأخ والعم إذا زوج الصغار، فلا يلزم الزواج في رأي أبي حنيفة ومحمد، ويكون لهم الخيار بعد البلوغ. وقال أبو يوسف: يلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء، فلا يثبت للصغار الخيار بعد البلوغ[3].

٢ً - أن يكون الزوج خالياً من العيوب الجنسية، كما سنبين في بحث الطلاق.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٤٣٦/٢.

(٢) المرجع السابق، البدائع: ٣١٧/٢وما بعدها.

(٣) البدائع: ٣١٥/٢.

٣ً ـ أن تزوج المرأة نفسها بمهر المثل، فإذا زوجت نفسها بغبن فاحش، لم يلزم العقد، وكان للأولياء عند أبي حنيفة حق الاعتراض، حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها؛ لأن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانه، فأشبه الكفاءة. وقال الصاحبان: ليس لهم ذلك؛ لأن ما زاد على العشرة دراهم حقها، ومن أسقط حقه لا يعترض عليه[1].

٤ً ـ أن يكون الزوج كفؤاً للمرأة، فإن زوجت المرأة نفسها من غير كفء لها، كان للأولياء حق الاعتراض، ويفسخ القاضي العقد إن ثبت له عدم كفاءة الزوج دفعاً للعار. وهذا متفق عليه بين المذاهب كما بينا.

المبحث الثالث ـ صاحب الحق في الكفاءة:

اتفق الفقهاء[2] على أن الكفاءة حق لكل من المرأة وأوليائها، فإذا تزوجت المرأة بغير كفء، كان لأوليائها حق طلب الفسخ، واذا زوجها الولي بغير كفء، كان لها أيضاً الفسخ؛ لأنه خيار لنقص في المعقود عليه، فأشبه خيار البيع، ولما روي: أن فتاة جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت: إن أبي زوجني ابنَ أخيه ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء[3]. والحاصل: أن المرأة إن تركت الكفاءة فحق الولي باق، وبالعكس.

ترتيب الحق بين الأولياء ووقت سقوط حق الاعتراض:

ويثبت هذا الحق عند الحنفية للأقرب من الأولياء العصبة فالأقرب، فإذا لم يرضوا فلهم أن يفرقوا بين المرأة وزوجها، مالم تلد، أو تحمل حملاً ظاهراً في ظاهر

---

(١) فتح القدير: ٤٢٤/٢، البدائع: ٣٢٢/٢، الدر المختار: ٤٤٥/٢ ـ ٤٤٦.

(٢) البدائع: ٣١٨/٢، الدر المختار ورد المحتار: ٤٣٦/٢، ٤٤٣، فتح القدير: ٤٢٤/٢، اللباب: ١٢/٣، الشرح الكبير: ٢٤٩/٢، المهذب: ٣٨/٢، كشاف القناع: ٧٢/٥، المغني: ٤٨١/٦، مغني المحتاج: ١٦٤/٣.

(٣) رواه ابن ماجه وأحمد والنسائي من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه (نيل الأوطار: ١٢٧/٦).

الرواية، وإذا زوجها الولي بغير كفء برضاها، لزم النكاح، وإذا رضي الأولياء فقد أسقطوا حق أنفسهم بالاعتراض والفسخ.

وقال المالكية: للأولياء الفسخ ما لم يدخل الزوج بالمرأة، فإن دخل فلا فسخ. والاعتراض حق مشترك لكل الأولياء، فلو زوجها أحد الأولياء من غير كفء برضاها من غير رضا الباقين، لم يلزم النكاح، وهذا خلافاً للحنفية والشافعية.

وقال الشافعية: لو زوجها الولي الأقرب برضاها، فليس للأبعد اعتراض؛ إذ لا حق له الآن في التزويج. وإذا تساوى الأولياء في الدرجة، فزوجها أحدهم برضاها دون رضاهم، لم يصح الزواج؛ لأن لهم حقاً في الكفاءة، فاعتبر رضاهم كرضا المرأة. ولو زوجها الولي غير كفء برضاها، أو زوجها بعض الأولياء المستوين في الدرجة برضاها ورضا الباقين، صح الزواج.

وقال الحنابلة: يملك الاعتراض والفسخ الأبعد من الأولياء مع رضا الأقرب منهم بالزوج، ومع رضا الزوجة أيضاً دفعاً لما يلحقه من العار؛ لأن الكفاءة عندهم كما في كشاف القناع حق للمرأة والأولياء جميعهم، فلو زوج الأب بنته بغير كفء برضاها، فللإخوة الفسخ؛ لأن العار في تزويج من ليس بكفء عليهم أجمعين.

ولو زالت الكفاءة بعد العقد، فللزوجة عندهم الفسخ فقط دون أوليائها؛ لأن حق الأولياء في ابتداء العقد لا في استدامته، وهذا بخلاف رأي المذاهب الأخرى، فإن الكفاءة تعتبر عند الجمهور عند ابتداء العقد، فلا يضر زوالها بعده، فلو كان وقت العقد كفؤاً، ثم صار غير كفء، لم يفسخ العقد.

رضا بعض الأولياء المستوين في الدرجة دون البعض:

إن تعدد الأولياء الأقارب كالإخوة الأشقاء، ورضي بعضهم بالزواج، ولم يرض الآخرون، كان رضا البعض عند أبي حنيفة ومحمد مسقطاً لحق الآخرين؛ لأن هذا حق واحد لا يتجزأ؛ لأن سببه وهو القرابة لا يقبل التجزئة، والقاعدة المقررة أن

إسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط لكله، فإذا أسقط أحد الأولياء حقه، سقط حق الباقين، قياساً على حق القصاص الثابت لجماعة، فإنه حق لا يقبل التجزئة، فإذا عفا بعضهم سقط حق الباقين. وأجيب عنه بأن القصاص لا يثبت لكل واحد كاملاً، فإذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه.

وقال الجمهور (وهم المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف وزفر): إن رضي بعض الأولياء المتساوين، لم يسقط حق الآخرين في الاعتراض؛ لأن الكفاءة حق مشترك ثبت للكل، وإذا أسقط أحد الشريكين حق نفسه، لا يسقط حق صاحبه، كالدين المشترك.

وأجيب عنه: بأن قياس الكفاءة على الدين المشترك قياس مع الفارق؛ لأن الدين حق يقبل التجزئة، وحق الكفاءة لا يقبل التجزئة.

ولا فرق عند الحنابلة بين أن يكون الأولياء متساوين في الدرجة أم متفاوتين؛ لأن الكفاءة عندهم حق الكل.

المبحث الرابع: من تطلب الكفاءة في جانبه:

يرى جمهور الفقهاء أن الكفاءة تطلب للنساء لا للرجال، بمعنى أن الكفاءة تعد في جانب الرجال للنساء، فهو حق في صالح المرأة لا في صالح الرجل، فيشترط أن يكون الرجل مماثلاً للمرأة أو مقارباً لها في أمور الكفاءة. ولا يشترط في المرأة أن تكون مساوية للرجل أو مقاربة له، بل يصح أن تكون أقل منه في أمور الكفاءة؛ لأن الرجل لا يعير بزوجة أدنى حالاً منه، أما المرأة وأقاربها فيعيرون بزوج أقل منها منزلة[1]. لكن يستثنى من هذا الأصل مسألتان تشترط فيهما الكفاءة من جانب المرأة، ذكرناهما سابقاً وهما:

(١) البدائع: ٣٢٠/٢، الدسوقي: ٢٤٩/٢، مغني المحتاج: ١٦٤/٣، كشاف القناع: ٧٢/٥.

الأولى - أن يزوج غير الأب أو الجد عديم الأهلية أو ناقصها، أو يزوجه الأب أو الجد الذي عرف قبل العقد بسوء الاختيار، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة له، احتياطاً لمصلحة الزواج، وإلا لم يصح الزواج.

الثانية - أن يوكل الرجل غيره في تزويجه وكالة مطلقة، فإنه يشترط لنفاذ العقد على الموكل في رأي المالكية وأبي يوسف ومحمد أن تكون الزوجة كفؤاً له.

المبحث الخامس - ما تكون فيه الكفاءة، أو أوصاف الكفاءة:

اختلف الفقهاء في خصال الكفاءة، فهي عند المالكية اثنان: وهما الدين والحال، أي السلامة من العيوب المثبتة للخيار، لا الحال بمعنى الحسب والنسب.

وعند الحنفية ستة: هي الدين والإسلام والحرية والنسب والمال والحرفة[1]. ولا تكون الكفاءة عندهم في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص، والبخر والدفر إلا عند محمد في الثلاثة الأولى.

وعند الشافعية خمسة: هي الدين أو العفة، والحرية، والنسب، والسلامة من العيوب المثبتة للخيار، والحرفة.

وعند الحنابلة خمسة أيضاً: هي الدين، والحرية، والنسب، واليسار (المال)، والصناعة أي الحرفة[2].

فهم متفقون على الكفاءة في الدين، واتفق غير المالكية على الكفاءة في الحرية

---

(١) نظم العلامة الحموي ماتعتبر فيه الكفاءة، فقال:

إن الكفاءة في النكاح تكون في ... ست لها بيت بديع قد ضبط
نسب وإسلام كذلك حرفة ... حرية وديانة مال فقط

(٢) البدائع: ٣١٨/٢ - ٣٢٠، الدر المختار ورد المحتار: ٤٣٧/٢ - ٤٤٥، فتح القدير: ٤١٩/٢ - ٤٢٤، اللباب: ١٣/٣، الشرح الكبير: ٢٤٩/٢وما بعدها، المهذب: ٣٩/٢، مغني المحتاج: ١٦٥/٣ - ١٦٧، كشاف القناع: ٧٢/٥ وما بعدها، المغني: ٤٨٢/٦ - ٤٨٦.

والنسب والحرفة، واتفق المالكية والشافعية على خصلة السلامة من العيوب المثبتة للخيار، واتفق الحنفية في ظاهر الرواية والحنابلة على خصلة المال، وانفرد الحنفية بخصلة إسلام الأصول.

١ ـ الديانة، أو العفة أو التقوى: المراد بها الصلاح والاستقامة على أحكام الدين، فليس الفاجر والفاسق كفؤاً لعفيفة أو صالحة بنت صالح، أو مستقيمة، لها ولأهلها تدين وخلق حميد، سواء أكان معلناً فسقه، أم غير معلن أي لا يجهر بالفسق، لكن يشهد عليه أنه فعل كذا من المفسقات؛ لأن الفاسق مردود الشهادة والرواية، وهو نقص في إنسانيته، ولأن المرأة تعير بفسق الزوج أكثر ما تعير بضعة نسبه، فلا يكون كفؤاً لامرأة عدل، بالاتفاق ماعدا محمد بن الحسن، لقوله تعالى: ﴿أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً، لا يستوون﴾ وقوله سبحانه: ﴿الزاني لا ينكح إلا زانية﴾ وتوقش الاستدلال بالآيتين، أما الأولى فهي في حق المؤمن والكافر، وأما الثانية فهي منسوخة، والأصح الاستدلال بحديث أبي حاتم المزني المتقدم: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض».

وقال محمد: إن الفسق لا يمنع الكفاءة، إلا إذا كان صاحبه متهتكاً يصفع ويسخر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران؛ لأن الفسق من أحكام الآخرة، فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا.

وهل يكون الفاسق كفؤاً لفاسقة بنت صالح، قال بعض الحنفية: لا يكون الفاسق كفؤاً لها، وقال ابن عابدين: إن المفهوم من كلامهم اعتبار صلاح الكل أي الفتاة والأب، وإن من اقتصر على صالحة أو صلاح آبائها نظر إلى الغالب من أن صلاح الولد والوالد متلازمان، فعلى هذا لا يكون الفاسق كفؤاً لصالحة بنت صالح، بل يكون كفؤاً لفاسقة بنت فاسق، وكذا الفاسقة بنت صالح، لأن ما يلحقه من العار ببنته أكثر من العار بصهره. وإذا كانت صالحة بنت فاسق، فزوجت نفسها من فاسق، فليس لأبيها حق الاعتراض؛ لأنه مثله، وهي قد رضيت به.

٢ ـ الإسلام : شرط انفرد به الحنفية بالنسبة لغير العرب ، خلافاً للجمهور ، والمراد به إسلام الأصول أي الآباء ، فمن كان له أبوان مسلمان كفء لمن كان له آباء في الإسلام ، ومن له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤاً لمن له أبوان في الإسلام ؛ لأن تمام النسب بالأب والجد . وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى .

ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤاً لمن له أب واحد في الإسلام ؛ لأن التفاخر فيما بين الموالي (غير العرب) بالإسلام .

ودليل الحنفية على هذه الخصلة : أن تعريف الشخص يكون كاملاً بالأب والجد ، فإذا كان الأب والجد مسلماً ، كان نسبه إلى الإسلام كاملاً .

ولا تعتبر هذه الخصلة في غير العرب ؛ لأنهم بعد إسلامهم صار فخرهم بالإسلام ، وهو شرفهم الذي قام مقام النسب . أما العرب فلا يعتبر فيهم التكافؤ في إسلام الآباء ؛ لأن العرب يتفاخرون بأنسابهم ، ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم ، فالعربي المسلم الذي ليس له أب مسلم كفء للعربية المسلمة التي لها أب وأجداد مسلمون .

٣ ـ الحرية : شرط في الكفاءة عند الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) ، فلا يكون العبد ولو مبعضاً كفؤاً لحرة ولو كانت عتيقة ؛ لأنه منقوص بالرق ، ممنوع من التصرف في كسبه ، غير مالك له ، ولأن الأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء كما يعيرون بمصاهرة من دونهم في النسب والحسب .

واشترط الحنفية والشافعية أيضاً حرية الأصل ، فمن كان أحد آبائه رقيقاً ليس كفؤاً لحر الأصل ، أولمن كان أبوها رقيقاً ثم أعتق ، ومن كان له أبوان في الحرية ليس كفؤاً لمن كان له أب واحد في الحرية .

وأضاف الحنفية والشافعية أن العتيق ليس كفؤاً لحرة أصلية ؛ لأن الأحرار يعيرون بمصاهرة العتقاء ، كما يعيرون بمصاهرة الأرقاء .

وقال الحنابلة : العتيق كله كفء للحرة .

وأما المالكية فلم يشترطوا الحرية في الكفاءة ، وقالوا : في كفاءة العبد للحرة ، وعدم كفاءته لها على الأرجح تأويلان : المذهب أنه ليس بكفء ، والراجح أنه كفء ، وهو الأحسن ؛ لأنه قول ابن القاسم .

وقال الدسوقي : والظاهر التفصيل : فما كان من جنس الأبيض فهو كفء ؛ لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار ، وبه الشرف في عرف مصرنا ، وما كان من جنس الأسود فليس بكفء ؛ لأن النفوس ـ على حد تعبيره ـ تنفر منه ، ويقع به الذم للزوجة .

وأرى أن هذا الرأي خاص بالدسوقي ، فإن مبادئ الشريعة تناقض هذا القول إذ لا تفرقة في أحكامها بين الناس بسبب اللون ، وما اعتمده من عرف مصر هو عرف فاسد ، لمصادمته مبادئ الشريعة ، أو أنه مجرد أهواء نفسية وميول خاصة لا يقرها الشرع .

٤ ـ **النسب** : وسماه الحنابلة : المنصب .

والمراد بالنسب : صلة الإنسان بأصوله من الآباء والأجداد . أما الحسب : فهو الصفات الحميدة التي يتصف بها الأصول أو مفاخر الآباء ، كالعلم والشجاعة والجود والتقوى . ووجود النسب لا يستلزم الحسب ، ولكن وجود الحسب يستلزم النسب . والمقصود من النسب أن يكون الشخص معلوم الأب ، لا لقيطاً أو مولى إذ لا نسب له معلوم . ولم يعتبر المالكية الكفاءة في النسب ، أما الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض الزيدية) فقد اعتبروا النسب في الكفاءة ، لكن خصص الحنفية النسب في الزواج من العرب ؛ لأنهم الذين عنوا بحفظ أنسابهم ، وتفاخروا بها ، وحدث التعيير بينهم فيها .

أما العجم فلم يعنوا بأنسابهم ولم يفتخروا بها ، ولذا اعتبر فيهم الحرية والإسلام . والأصح عند الحنفية أن العجمي لا يكون كفؤاً للعربية ولو كان عالماً أو سلطاناً .

وبناء على هذا الرأي : لا يكون العجمي كفؤاً للعربيـة ، لقول عمر : « لأمنعن أن تـزوج ذات الأحسـاب إلا من الأكفـاء »[1] ، ولأن الله اصطفى العرب على غيرهم ، ولأن العرب فضلت الأمم برسول الله ﷺ .

وقريش عند الحنفية وفي رواية عن أحمد بعضهم أكفاء بعض ، وبقية العرب بعضهم أكفاء بعض ، واستثنى بعضهم بني باهلة لخستهم . ودليلهم قول ابن عباس : قريش بعضهم أكفاء بعض .

ويرى الشافعية وفي رواية أخرى عن أحمد : أن غير الهاشمي والمطلبي ليس كفؤاً لباقي قريش كبني عبد شمس ونوفل ، وإن كانا أخوين لهاشم ، لخبر: «إن الله اصطفى من العرب كنانة ، واصطفى من كنانة قريشاً ، واصطفى من قريش بني هاشم ، واصطفاني من بني هاشم »[2] .

ويتفق الجمهور على أن قريشاً وهم أولاد النضر بن كنانة أفضل نسباً من سائر العرب ، فالقرشية لا يكافئها إلا قرشي مثلها ، والقرشي كفء لكل عربية . وأن المرأة العربية غير القرشية يكافئها أي عربي من أي قبيلة كانت ، ولكن لا يكافئها غير العربي أي العجمي .

ودليل الجمهور حديث : «العرب بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، إلا حائك أو حجام »[3] .

والحق أن اعتبار النسب في الكفاءة ليس صحيحاً ، والصحيح قول المالكية ؛

---

(١) رواه الخلال والدارقطني .

(٢) رواه الترمذي عن واثلة ، وهو صحيح .

(٣) رواه الحاكم والبيهقي عن عبد الله بن عمر ، ولكنه حديث منقطع (نصب الراية : ١٩٧/٣ ، سبل السلام : ١٢٨/٣) .

لأن مزية الإسلام الجوهرية هي الدعوة إلى المساواة، ومحاربة التمييز العرقي أو العنصري، ودعوات الجاهلية القبلية والنسبية، ولأن انتشار الإسلام بين الناس غير العرب إنما كان أساساً لهذه المزية، وإعلان حجة الوداع واضح وهو أن الناس جميعاً أبناء آدم، وليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى.

أما الحديث الذي اعتمد عليه الجمهور فهو ضعيف، لذا فإن تفضيل قريش على سائر العرب، ثم تفضيل العرب على العجم، لم يدل عليه شيء من السنة، بل ورد في السنة خلافه؛ لأن النبي ﷺ زوج ابنتيه عثمان، وزوج أبا العاص بن ربيع زينب، وهما من بني عبد شمس، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم، وزوج النبي بنت عمته زينب وهي قرشية زيد بن حارثة، وهو من الموالي، وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش، بعد أن طلقها زوجها: أبو عمرو بن حفص بن المغيرة، فأخبرته أن معاوية وأبا جهم خطباها، فقال رسول الله ﷺ: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، انكحي أسامة بن زيد»[1].

وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي، وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة، وتزوجها أيضاً عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ. وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس، وهما كنديان[2].

ولأن العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء، وإن تفاضلوا، وشرف بعضهم على بعض، وكذلك العرب.

وإذا حرص العرب على أنسابهم وتفاخروا بها، فإن غير العرب قد حرصوا على أنسابهم، وتتعير المرأة منهم إذا تزوجت من لا يساويها في الحسب والنسب.

---

(١) رواه مسلم عن فاطمة بنت قيس (سبل السلام : ١٢٩/٣).

(٢) المغني : ٤٨٣/٦ وما بعدها.

٥ـ **المال أو اليسار**: المراد به القدرة على المهر والنفقة على الزوجة، لا الغنى والثراء، فلا يكون المعسر كفؤاً لموسرة. وحدد بعض الحنفية القدرة على نفقة شهر، وصحح بعضهم الاكتفاء بالقدرة عليها بالكسب.

وقد اشترط اليسار في الكفاءة الحنفية والحنابلة؛ لأن النبي ﷺ قال في الحديث السابق لفاطمة بنت قيس: «أما معاوية فصعلوك لا مال له»، ولأن الناس يتفاخرون بالمال أكثر من التفاخر بالنسب، ولأن الموسرة تتضرر في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولاده، ولهذا ملكت الفسخ بإعساره بالنفقة، ولأن عدم اليسار نقص في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب.

وقال الشافعية في الأصح والمالكية: لا يعد اليسار في خصال الكفاءة؛ لأن المال ظل زائل، وحال حائل، ومال مائل، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر.

والراجح لدي هو هذا الرأي؛ لأن الغنى لا دوام له، والمال غاد ورائح، والرزق مقسوم منوط بالكسب، والفقر شرف في الدين، وقد قال النبي ﷺ: «اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً»[1].

٦ـ المهنة أو الحرفة أو الصناعة:

والمراد بها العمل الذي يمارسه الشخص لكسب رزقه وعيشه، ومنه الوظيفة في الحكومة.

وقد عد الجمهور غير المالكية الحرفة في خصال الكفاءة، بأن تكون حرفة الزوج أو أهله مساوية أو مقاربة لحرفة الزوجة أو أهلها. فلا يكون صاحب حرفة دنيئة كالحجام والحائك والكسّاح والزبال والحارس والراعي والفقاط كفؤاً لبنت صاحب

---

(١) رواه الترمذي من حديث أنس، وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث أبي سعيد الخدري (تخريج أحاديث الإحياء للعراقي: ١٦٧/٤).

صناعة جليلة أو رفيعة كالتاجر والبزاز، أي الذي يتجر في البَزّ وهو القماش، والخياط، ولا تكون بنت التاجر والبزاز كفؤاً لبنت العالم والقاضي نظراً للعرف فيه. وأما أتباع الظلمة فأخسّ من الكل. وأهل الكفر بعضهم أكفاء لبعض؛ لأن اعتبار الكفاءة لدفع النقيصة، ولا نقيصة أعظم من الكفر.

والمعول عليه في تصنيف الحرف هو العرف، وهذا يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة، فقد تكون الحرفة دنيئة في زمن، ثم تصبح شريفة في زمن آخر. وقد تكون الحرفة وضيعة في بلد، وتكون رفيعة في بلد آخر.

ولم يعد المالكية الحرفة من خصال الكفاءة؛ لأنها ليست بنقص في الدين، ولا هو وصف لازم، كالمال، فأشبه كل منهما الضعف والمرض والعافية والصحة. وهذا هو الراجح لدي.

٧ـ السلامة من العيوب المثبتة للخيار في النكاح: كالجنون والجذام والبرص. وقد اعتبرها المالكية والشافعية من خصال الكفاءة، فمن كان به عيب منها رجلاً أو امرأة ليس كفؤاً للسليم من العيوب؛ لأن النفس تعاف صحبة من به بعضها، ويختل بها مقصود النكاح.

ولم يعتبر الحنفية والحنابلة السلامة من العيوب من شروط الكفاءة، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها؛ لأن ضرره مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون. وهذا الرأي هو الأولى؛ لأن خصال الكفاءة حق لكل من المرأة والأولياء.

هذه هي خصال الكفاءة، أما ما عداها كالجمال والسن والثقافة والبلد والعيوب الأخرى غير المثبتة للخيار في الزواج كالعمى والقطع وتشوه الصورة، فليست معتبرة، فالقبيح كفء للجميل، والكبير كفء للصغير، والجاهل كفء للمثقف أو المتعلم، والقروي كفء للمدني، والمريض كفء للسليم.

لكن الأولى مراعاة التقارب بين هذه الأوصاف، وبخاصة السن والثقافة؛ لأن وجودهما أدعى لتحقيق الوفاق والوئام بين الزوجين، وعدمهما يحدث بلبلة واختلافاً مستعصياً، لاختلاف وجهات النظر، وتقديرات الأمور، وتحقيق هدف الزواج، وإسعاد الطرفين.

الكفاءة في القانون: إن خصال الكفاءة المطلوبة عند الفقهاء روعي فيها عرف المجتمعات الماضية، فكل ما أدى إلى الإضرار بسمعة المرأة أو أوليائها، كانت الكفاءة فيه شرطاً للزوم العقد.

واليوم ينبغي أن يعتبر العرف الحاضر أيضاً، وقد زال اعتبار كفاءة النسب والمال ونحوهما. لذا نص القانون السوري على ما يلي:

م ٢٦: يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة.

م ٢٧: إذا تزوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.

م ٢٨: العبرة في الكفاءة لعرف البلد.

م ٢٩: الكفاءة حق خاص للمرأة وللولي.

م ٣٠: يسقط حق الكفاءة لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة.

م ٣١: تراعى الكفاءة عند العقد، فلا يؤثر زوالها بعده.

م ٣٢: إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر الزوج أنه كفؤ، ثم تبين أنه غير كفؤ، كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد.

ويلاحظ أن هذه الأحكام يتفق أغلبها مع مذهب الحنفية، فالمادة الأولى في أن الكفاءة من جانب الرجل لا من جانب المرأة، أو من الجانبين، والثانية لتقرير أن

الكفاءة شرط لزوم، لا شرط صحة، والثالثة مراعاة مبنى الكفاءة في الأصل وهو العرف، والرابعة كون الكفاءة حقاً لكل من المرأة والولي، والخامسة تحديد وقت سقوط حق الكفاءة عملاً بمشهور مذهب الحنفية، والسادسة وقت مراعاة الكفاءة وهو عند العقد، لا بعده، والسابعة التغرير بالكفاءة عند الاشتراط أو الإخبار بها.

الفصل السّادس

آثار الزواج

وفيه مباحث ثلاثة : في المهر، والخلوة، والمتعة.

المبحث الأول ـ المهر وأحكامه :

تمهيد : الزواج ككل عقد ينشأ عنه حقوق وواجبات متبادلة يلزم بها كل من الزوج والزوجة، وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ، فقال تعالى : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ أي أن للنساء من الحقوق على الرجال مثل ما للرجال عليهن من واجبات، وأن أساس تقرير هذه الحقوق والواجبات هو العرف المستند إلى فطرة كل من الرجل والمرأة.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على جميع الحقوق المالية التي تستحقها الزوجة على زوجها : وهي المهر والنفقة والسكن. أما الحقوق غير المالية أو الأدبية كالعدل والإحسان في المعاملة، والمعاشرة بالمعروف، وطاعة الزوجة لزوجها بالمعروف، وحماية الزوجة من ألوان الأذى والمهانة، فلم يتعرض لها هذا القانون؛ لأنها مبادئ أخلاقية، وإنما نص القرآن الكريم على بعضها، ونصت السنة النبوية على بعضها الآخر.

ونتكلم هنا عن المهر: تعريفه وحكمه وحكمته وسبب إلزام الرجل به، ومقداره، وشروطه أو ما يصلح أن يكون مهراً وما لا يصلح، أنواعه وحالات وجوب كل نوع، صاحب الحق في المهر، وقبضه وما يترتب على القبض، تعجيله وتأجيله، الزيادة

والحط من المهر، متى يجب المهر ومتى يتأكد وجوبه، ومتى يتنصف، ومتى يسقط، تبعة ضمان المهر وحكم هلاكه واستهلاكه وتعييبه وزيادته، الاختلاف في المهر، الملزم بالجهاز والاختلاف فيه، ميراث الصداق وهبته.

أولاً- تعريف المهر وحكمه وحكمته وسبب إلزام الرجل به:

المهر: هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة. وعرفه صاحب العناية على هامش الفتح: هو المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البُضْع إما بالتسمية أو بالعقد. وعرفه بعض الحنفية: بأنه ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء.

وعرفه المالكية: بأنه ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها.

وعرفه الشافعية: بأنه ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بُضْع قهراً، كرضاع ورجوع شهود. وعرفه الحنابلة: بأنه العوض في النكاح، سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم، أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة ووطء المكرهة[1].

وله أسماء عشرة: مهر، وصداق أو صدقة، ونِحْلة، وأجر، وفريضة، وحِبَاء، وعُقْر، وعلائق، وطَوْل، ونكاح، لقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً﴾ وقوله سبحانه: ﴿وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً﴾ نظم بعضهم ثمانية منها في بيت:

صداق، ومهر، نحلة، وفريضة حِبَاء، وأجر، ثم عُقْر، علائق.

وحكمه: أنه واجب على الرجل دون المرأة، ويجب كما دلت التعاريف بأحد

---

(١) العناية بهامش فتح القدير: ٤٣٤/٢، الدر المختار ورد المحتار: ٤٥٢/٢، الشرح الصغير: ٤٢٨/٢، مغني المحتاج: ٢٢٠/٣، كشاف القناع: ١٤٢/٥.

أمرين ؛ إذ الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عَقْر (حد) أو عُقْر (مهر) ، احتراماً لإنسانية المرأة :

الأول ـ مجرد العقد الصحيح : وقد يسقط كله أو نصفه مالم يتأكد بالدخول أو بالموت ، أو بالخلوة عند الحنفية والحنابلة .

الثاني ـ الدخول الحقيقي : كما في حالة الوطء بشبهة ، أو في الزواج الفاسد . ولا يسقط حينئذ إلا بالأداء أو بالإبراء .

وقد نص القانون السوري (م ٥٣) على أنه : يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح ، سواء أسمي عند العقد أم لم يسم أم نفي أصلاً .

وأدلة وجوب المهر : ما يأتي[١] :

١ً ـ القرآن : قال تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ أي عطية من الله مبتدأة أو هدية . والمخاطب به الأزواج عند الأكثرين ، وقيل الأولياء ؛ لأنهم كانوا في الجاهلية يأخذونه ، ويسمونه نحلة ، وهو دليل على أن المهر رمز لإكرام المرأة ، والرغبة في الاقتران .

وقال سبحانه : ﴿ فما استمتعتم به منهن ، فآتوهن أجورهن فريضة ﴾ وقال تعالى : ﴿ وآتوهن أجورهن ﴾ ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ﴾ .

٢ً ـ السنة : قال ﷺ لمريد التزوج : « التمس ولو خاتماً من حديد »[٢] ، وثبت عنه عليه السلام أنه لم يخل زواجاً من مهر .

---

(١) المغني : ٦/٦٧٩ ، المهذب : ٢/٥٥ .

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن سهل بن سعد (نيل الأوطار : ٦/١٧٠) .

وتسن تسمية المهر في العقد؛ لأنه ﷺ لم يخل نكاحاً عنه، ولأنه أدفع للخصومة، ولئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي ﷺ.

٣ـ وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح.

والحكمة من وجوب المهر: هو إظهار خطر هذا العقد ومكانته، وإعزاز المرأة وإكرامها، وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة معها، وتوفير حسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف، ودوام الزواج. وفيه تمكين المرأة من التهيؤ للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقة.

وكون المهر واجباً على الرجل دون المرأة: ينسجم مع المبدأ التشريعي في أن المرأة لا تكلف بشيء من واجبات النفقة، سواء أكانت أماً أم بنتاً أم زوجة، وإنما يكلف الرجل بالإنفاق، سواء المهر أم نفقة المعيشة وغيرها؛ لأن الرجل أقدر على الكسب والسعي للرزق، وأما المرأة فوظيفتها إعداد المنزل وتربية الأولاد وإنجاب الذرية، وهو عبء ليس بالهيّن ولا باليسير، فإذا كلفت بتقديم المهر، وألزمت السعي في تحصيله اضطرت إلى تحمل أعباء جديدة، وقد تمتهن كرامتها في هذا السبيل.

وقد وضع القرآن مبدأ توزيع المسؤوليات المالية بين الرجل والمرأة، فقال سبحانه: ﴿الرجال قوّامون على النساء، بما فضل الله بعضهم على بعض، وبما أنفقوا من أموالهم﴾.

المهر ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج:

بينا في شروط الزواج أن المهر ـ وإن كان واجباً في العقد ـ إلا أنه ليس ركناً ولا شرطاً من شروط الزواج[1]، وإنما هو أثر من آثاره المترتبة عليه، لذا اغتفر فيه الجهل

---

(١) البدائع: ٢٧٤/٢، كشاف القناع: ١٤٤/٥، ١٧٤، المهذب: ٥٥/٢، ٦٠، مغني المحتاج: ٢٢٩/٣، بداية المجتهد: ٢٥/٢، الشرح الصغير: ٤٤٩/٢.

اليسير والغرر الذي يرجى زواله؛ لأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع، فإذا تم العقد بدون مهر صح، ووجب للزوجة المهر اتفاقاً.

والدليل قوله تعالى: ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ فإنه أباح الطلاق قبل الدخول وقبل فرض المهر، مما يدل على أن المهر ليس ركناً ولا شرطاً.

وثبت في السنة عن علقمة قال: «أُتي عبد الله - أي ابن مسعود - في امرأة تزوجها رجل، ثم مات عنها، ولم يفرض لها صداقاً ولم يكن دخل بها، قال: فاختلفوا إليه، فقال: أرى لها مثل مهر نسائها، ولها الميراث، وعليها العِدّة، فشهد مَعْقِل بن سنان الأشجعي أن النبي ﷺ قضى في بَرْوَع ابنة واشق بمثل ما قضى»[1].

ويؤكده حديث عقبة بن عامر، قال: قال رسول الله ﷺ لرجل: «إني أزوجك فلانة؟ قال: نعم، قال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما من صاحبه، فدخل عليها ولم يُفرض لها به صداق؛ فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة، ولم أفرض لها صداقاً، ولم أعطها شيئاً، وإني قد أعطيتها عن صداقي سهمي بخيبر، فأخذت سهمه، فباعته بمائة ألف»[2].

وبناء عليه: لو اتفق الزوجان بدون مهر، أو سميا ما لا يملك شرعاً كالخمر والخنزير والنجس كروث دواب، صح العقد عند الجمهور غير المالكية، ووجب للمرأة مهر المثل، بالدخول أو الموت. وقال المالكية: إن اتفق الزوجان على إسقاط المهر فهو نكاح فاسد.

---

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) وصححه الترمذي، وأخرجه أيضاً الحاكم والبيهقي وابن حبان وصححه أيضاً ابن مهدي (نيل الأوطار: ١٧٢/٦).

(٢) أخرجه أبو داود والحاكم.

نكاح التفويض : قال ابن رشد وغيره[1] : أجمع الفقهاء على أن نكاح التفويض جائز: وهو أن يعقد النكاح دون صداق، لقوله تعالى: ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن، أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ . لكن نكاح التفويض يشمل عند الجمهور حالة الاتفاق على عدم المهر، وعدم تسمية المهر، وأما عند المالكية فيقتصر على الحالة الثانية، وأما الاتفاق على إسقاط المهر فيفسد الزواج .

ثانياً- مقدار المهر- التغالي في المهور:

ليس للمهر حد أقصى بالاتفاق[2] ؛ لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده بحد أعلى، لقوله تعالى: ﴿ وآتيتم إحداهن قنطاراً، فلا تأخذوا منه شيئاً ﴾ .

وقد تنبهت امرأة إلى هذه الآية، حينما أراد عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحديد المهور، فنهى أن يزاد في الصداق على أربعمائة درهم، وخطب الناس فيه، فقال[3] : « لا تُغْلوا في صداق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى في الآخرة، كان أولاكم بها رسول الله ﷺ، ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشر أوقية -أي من الفضة[4] - فمن زاد على أربعمائة شيئاً، جعلت الزيادة في بيت المال، فقالت له امرأة من قريش بعد نزوله من على المنبر: ليس ذلك إليك يا عمر، فقال: ولم؟ قالت: لأن الله تعالى يقول: ﴿ وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً، أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ فقال عمر: امرأة أصابت، ورجل أخطأ . ورواه أبو يعلى في الكبير: فقال: اللهم غفراً، كل الناس أفقه من عمر، ثم

---

(١) بداية المجتهد : ٢٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٣ ، البدائع : ٢٧٤/٢ ، الدر المختار : ٤٦٠/٢ ، مغني المحتاج : ٢٢٨/٣ .

(٢) البدائع : ٢٨٦/٢ ، الدر المختار : ٤٥٢/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٢ ، المهذب : ٥٥/٢ ، كشاف القناع : ١٤٢/٥ .

(٣) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وصححه وأحمد وابن ماجه (الخمسة) عن أبي العجفاء (نيل الأوطار : ١٦٨/٦) .

(٤) الأوقية : أربعون درهماً .

رجع فركب المنبر فقال: أيها الناس، إني كنت نهيتكم أن تزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب[1].

ولكن يسن تخفيف الصداق وعدم المغالاة في المهور، لقوله ﷺ: «إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة»[2] وفي رواية «إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداقاً»، وروى أبو داود وصححه الحاكم عن عقبة بن عامر حديث: «خير الصداق أيسره». والحكمة من منع المغالاة في المهور واضحة وهي تيسير الزواج للشباب، حتى لا ينصرفوا عنه، فتقع مفاسد خلقية واجتماعية متعددة، وقد ورد في خطاب عمر السابق: «وإن الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه».

أقل المهر: أما الحد الأدنى للمهر فمختلف فيه على آراء ثلاثة: قال الحنفية[3]: أقل المهر عشرة دراهم، لحديث: «لا مهر أقل من عشرة درهم»[4] وقياساً على نصاب السرقة: وهو ما تقطع به يد السارق فإنه عندهم دينار أو عشرة دراهم، إظهاراً لمكانة المرأة، فيقدر المهر بماله أهمية. وأما حديث «التمس ولو خاتماً من حديد» فحملوه على المهر المعجل؛ لأن العادة عندهم تعجيل بعض المهر قبل الدخول، وقد منع ﷺ علياً أن يدخل بفاطمة رضي الله تعالى عنها حتى يعطيها شيئاً، فقال: يا رسول الله، ليس لي شيء، فقال: أعطها درعك، فأعطاها درعه[5].

وقال المالكية[6]: أقل المهر ربع دينار، أو ثلاثة دراهم فضة خالصة من الغش، أو ما يساويها مما يقوم بها من عروض أو من كل طاهر لا نجس، متمول شرعاً من عرض

(١) مجمع الزوائد: ٢٨٣/٤ وما بعدها، سيرة عمر بن الخطاب للطنطاويين نقلاً عن سيرة عمر لابن الجوزي: ٣٢١/١، تكلمة المجموع: ٤٨٢/١٥.

(٢) رواه أحمد عن عائشة، وفيه ضعف (نيل الأوطار: ١٦٨/٦).

(٣) الدر المختار: ٤٥٢/٢، البدائع: ٢٧٥/٢.

(٤) رواه البيهقي بسند ضعيف، ورواه ابن أبي حاتم، وقال الحافظ ابن حجر: إنه بهذا الإسناد حسن.

(٥) رواه أبو داود والنسائي.

(٦) الشرح الصغير: ٤٢٨/٢.

أو حيوان أو عقار، منتفع به شرعاً، أي يحل الانتفاع به لا كآلة لهو، مقدور على تسليمه للزوجة، معلوم قدراً وصنفاً وأجلاً، ودليلهم أن المهر وجب في الزواج إظهاراً لكرامة المرأة ومكانتها، فلا يقل عن هذا المقدار الذي هو نصاب السرقة عندهم، مما يدل على خطره، فلو تزوج رجل امرأة بأقل من هذا المقدار، وجب لها إن دخل بها، وإن لم يدخل بها قيل له: إما أن تتم المهر أو تفسخ العقد.

وقال الشافعية والحنابلة[1]: لا حد لأقل المهر، ولا تتقدر صحة الصداق بشيء، فصح كون المهر مالاً قليلاً أو كثيراً، وضابطه: كل ما صح كونه مبيعاً أي له قيمة صح كونه صداقاً، وما لا فلا، مالم ينته إلى حد لا يتمول، فإن عقد بما لا يتمول ولا يقابل بما يتمول كالنواة والحصاة، فسدت التسمية ووجب مهر المثل. ودليلهم:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ فلم يقدره الشرع بشيء، فيعمل به على إطلاقه.

ب ـ الحديث المتقدم: «التمس ولو خاتماً من حديد» فيدل على أن المهر يصح بكل ما يطلق عليه اسم المال.

جـ ـ روى عامر بن ربيعة أن امرأة من فزارة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله ﷺ: «رضيتِ من مالك ونفسك بنعلين؟ قالت: نعم، فأجازه»[2] وأخرج أبو داود عن جابر مرفوعاً: «لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاماً، كانت له حلالاً».

د ـ إن المهر حق المرأة، شرعه الله إظهاراً لمكانتها، فيكون تقديره برضا الطرفين، ولأن المهر بدل الاستمتاع بالمرأة، فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها.

---

(١) المهذب: ٥٥/٢، مغني المحتاج: ٢٢٠/٣، كشاف القناع: ١٤٢/٥ وما بعدها، المغني: ٦٨٠/٦ وما بعدها، و ٧٣٩.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه.

وهـذا هو الرأي الراجح لقـوة دليلـه من القرآن والسنـة ، وقـال أصحـاب هـذا الرأي : يسن أن يكـون المهر من أربعمائـة درهم إلى خمسمائــة درهم ، وألا يـزيــد على ذلـك ، لمـا روت أم حبيبـة «أن رسول الله ﷺ تزوجهـا وهي بـأرض الحبشـة ... ولم يبعث لها رسول الله ﷺ بشيء ، وكان مهر نسائه أربعمائة درهم»[1] ، وروت عائشـة : «أن صـداق النبي ﷺ على أزواجـه خمسمائـة درهم»[2] والمستحب الاقتـداء بـه عليــه السلام ، والتبرك بمتابعته .

وإن زاد الصداق على خمسمائـة درهم فلا بـأس ، لمـا روت أم حبيبـة في الحـديث المتقدم : «أن النبي ﷺ تزوجها ، وهي بأرض الحبشـة ، زوّجهـا النجـاشي ، وأمهرهـا أربعـة آلاف وجهزهـا من عنـده ، وبعث بهـا مع شرحبيل بن حَسَنـة ، فلم يبعث لهـا رسول الله ﷺ بشيء» ولو كره ذلك لأنكره .

ويكره ترك تسمية المهر في العقد ؛ لأنه قد يؤدي إلى التنازع في فرضه .

ويستحب ألا ينقص عن عشرة دراهم ، خروجاً من خلاف من قدر أقله بذلك .

مهر السر ومهر العلانيـة : فـإن تـزوجهـا على صـداقين : صـداق في السر ، وصداق في العلانية ، فالواجب عند الشافعية والمالكية والحنفية ، مـا عقـد بـه العقـد ؛ لأن الصداق يجب بالعقد ، فوجب ما عقد به ؛ ولأن إظهـار العلانيـة ليس بعقـد ، ولا يتعلق به وجوب شيء .

ويؤخذ بالعلانية عند الحنابلة ، وإن كان صداق السر قد انعقد به النكاح ؛ لأنـه إذا عقد في الظاهر عقد بعد عقد السر ، فقـد وجـد منـه بـذل الزائـد ، على مهر السر ، فيجب الزائد عليه ، كما لو زادها على صداقها .

---

(١) رواه أحمد والنسائي (نيل الأوطار : ١٦٩/٦) .

(٢) رواه مسلم .

اختلاف القبول عن الإيجاب: وإن قال الولي: زوجتك ابنتي بألف، وقال الزوج: قبلت نكاحها بخمسمائة، وجب مهر المثل عند الشافعية؛ لأن الزوج لم يقبل بألف، والولي لم يوجب بخمسمائة، فسقط الجميع، ووجب مهر المثل.

وقد أخذ القانون السوري (م ٥٤) برأي الشافعية والحنابلة.

ونص المادة: ١ ـ لا حد لأقل المهر ولا لأكثره. ٢ ـ كل ما صلح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً.

ثالثاً ـ شروط المهر أو ما يصلح أن يكون مهراً وما لا يصلح:

يشترط في الصداق شروط ثلاثة[1]:

الأول ـ أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه من العين (الذهب) والعروض ونحوها، فلا يجوز بخمر وخنزير وغيرهما مما لا يتملك.

الثاني ـ أن يكون معلوماً: لأن الصداق عوض في حق معاوضة، فأشبه الثمن، فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض: وهو أن يسكت العاقدان عن تعيين الصداق حين العقد، ويفوض التعيين إلى أحدهما أو إلى غيرهما. ولا يجب عند المالكية والحنفية خلافاً للشافعي وأحمد وصف العروض. وإن وقع على غير وصف فلها الوسط.

الثالث ـ أن يسلم من الغرر: فلا يجوز فيه عبد آبق ولا بعير شارد وشبههما.

وزاد الحنفية شرطاً **رابعاً:** وهو أن يكون النكاح صحيحاً، فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد، فلا يلزم المسمى؛ لأن الفاسد ليس بنكاح، ويجب مهر المثل بالوطء.

وبناء عليه وضع الفقهاء ضوابط لما يصلح أن يكون مهراً وما لا يصلح: فقال

---

(١) البدائع: ٢٧٧/٢ ـ ٢٨٧، الشرح الكبير: ٢٩٤/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٠١، كشاف القناع: ١٤٧/٥، مغني المحتاج: ٢٢٠/٣ وما بعدها.

الحنفية[1] : المهر: هو كل مال متقوم معلوم مقدور على تسليمه . فيصح كون المهر ذهباً أو فضاً ، مضروبة أو سبيكة ، أي نقداً أو حلياً ونحوه ، ديناً أو عيناً ، ويصح كونه فلوساً أو أوراقاً نقدية ، مكيلاً أو موزوناً ، حيواناً أو عقاراً ، أو عروضاً تجارية كالثياب وغيرها .

ـ ويصح أيضاً كونه منفعة شخص أو عين يستحق في مقابلها المال ، كسكنى الدار، وزراعة الأرض ، وركوب السيارة ونحوها .

ـ أما الزواج على أن يعلمها القرآن أو بعضه أو بعض أحكام الدين من حلال وحرام ، فلا يصح عند متقدمي الحنفية ، لقوله تعالى : ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ ولأن المسمى ليس بمال ؛ لأن تعليم القرآن ونحوه من الطاعات قربة إلى الله تعالى ، لا يصح الاستئجار عليها عند أئمة الحنفية الثلاثة ، ولا يصح أن يقابل التعليم بالمال ، وحينئذ لا تصح التسمية ، ويجب مهر المثل ؛ لأنها منفعة لا تقابل بمال .

وأفتى متأخرو الحنفية بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وأحكام الدين ، للحاجة إليه بسبب تغير الأحوال واشتغال الناس بشؤون المعيشة ، فلا يتفرغ المعلم من غير أجر. وعليه يجوز جعل المهر تعليم القرآن أو أحكام الدين ، ويدل له حديث سهل بن سعد ، الذي جاء فيه أن النبي ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن ، فقال : «قد زوجتكها بما معك من القرآن»[2] وفي رواية متفق عليها : «قد ملكتكها بما معك من القرآن» .

ـ ولا يصح كون المهر ما ليس مالاً متقوماً كأن يتزوج مسلم مسلمة على التراب أو الدم أو الخمر أو الخنزير؛ لأن الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد ، والخمر والخنزير ليسا

---

(١) البدائع ، المكان السابق ، الدر المختار : ٢٥٣/٢ ، ٤٥٨ ـ ٤٦١ ، أحكام القرآن للجصاص : ١٤٣/٢ .

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين (نيل الأوطار : ١٧٠/٦) .

بمـال متقوم في حق المسلم، ولا يصح زواج امرأة على طلاق امرأة أخرى أو على العفـو عن القصاص؛ لأن الطلاق ليس بمال، وكذا القصاص.

- ولا يصح نكاح الشغـار: وهو أن يزوج الرجل أختـه لآخر، على أن يـزوجـه الآخر أخته، أو يزوجه ابنته، هذه التسمية فـاسـدة؛ لأن كل واحـد منهما جعل بُضْع كل واحـدة منهما مهر الأخرى، والبضع ليس بمـال، ففسـدت التسميـة، ووجب لكل واحدة منهما مهر المثل، والنكاح صحيح عندهم. وعند الجمهور: فـاسـد أو بـاطل؛ لمـا روي أنـه ﷺ نهى عن نكاح الشغـار. والنهي يـوجب فسـاد المنهي عنـه. ووجهـة الحنفية: أن هذا الزواج مؤبد، أدخل فيـه شرط فـاسـد، حيث شرط فيـه أن يكون بُضْع كل واحـــدة منهما مهر الأخرى، والبضـع لا يصلـح مهراً، والنكاح لا تبطلـه الشروط الفـاسـدة، كما إذا تـزوج امرأة على أن يطلقهـا، وعلى أن ينقلهـا من منزلهـا ونحوه. أما النهي عن نكاح الشغـار فهو الخـالي عن العوض، وعنـدهم هو نكاح بعوض وهو مهر المثل، فلا يكون شغاراً.

- ولو تزوج حر امرأة على أن يخدمها سنة، كرعي غنمها سنة، فالتسمية فاسـدة، ولهـا مهر مثلهـا في قول أبي حنيفـة وأبي يوسف؛ لأن المنـافع ليست بـأموال متقومـة عندهما، فلم تكن عندهما مضمونة بالغصب والإتلاف، وإنمـا يثبت لهـا التقوم إذا ورد العقد عليها، للضرورة، دفعاً للحاجة بها.

وعند الشافعي وباقي الأئمة: التسمية صحيحة، وللمرأة خدمـة سنـة؛ لأن المبـدأ عندهم: كل ما يجوز أخـذ العوض عنـه، يصح تسميتـه مهراً، ومنـافع الحر يجوز أخـذ العوض عنها؛ لأن إجارة الحر جائزة بلا خلاف فصح تسميتها، والمنافع عنـدهم أموال متقومة.

- ويصح أن يتزوج الرجل امرأة على منافع الأعيان مدة معلومة، كما بينـا، مثل سكنى داره، وركوب دابته والحمل عليها، وزراعـة أرضـه ونحوهـا؛ لأن هـذه المنـافع أموال، أو التحقت بالأموال شرعاً في سائر العقود للحاجة.

- ويصح الزواج على متقوم مجهول جهالة يسيرة؛ لأن المال غير مقصود في الزواج، فيتسامح فيه بما لا يتسامح في المعاوضات المالية، ولا يصح الزواج على ما هو مجهول جهالة فاحشة؛ لأنه يفضي إلى النزاع، وكل ما يفضي إلى المنازعة يفسد العقد.

والفرق بين نوعي الجهالتين: أن الجهالة الفاحشة: ما كان الجنس أو النوع أو المقدار فيها مجهولاً، كأن يتزوج امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب؛ لأن كل واحد منها جنس يدخل تحته أنواع مختلفة. أو يتزوج على قطن دون بيان نوعه، أو على دار دون بيان حجمها؛ لأن للقطن أنواعاً مختلفة، وتختلف الدار في الصغر والكبر، والبلد والموقع، والهيئة والطريق.

وأما الجهالة اليسيرة: ما كان المسمى معلوم الجنس والنوع، مجهول الصفة كطن حنطة أو قنطار قطن، دون بيان الوصف، فجهالة الوصف عند الحنفية والمالكية لا تضر؛ لأنها يسيرة، ويجب الوسط من النوع المعين أو قيمته من غير إحجاف بالزوجة أو الزوج؛ لأنه هو العدل لما فيه من مراعاة الجانبين. وقال الشافعية والحنابلة: جهالة الوصف تضر؛ لأنها تفضي إلى المنازعة كجهالة الجنس.

ضابط ما يصلح مهراً عند المالكية:

قال المالكية[1]: المهر: هو كل متموَّل شرعاً من عَرَض أو حيوان أو عقار، طاهر لا نجس إذ لا يقع به تقويم شرعاً، منتفع به شرعاً، إذ غير المنتفع به كآلة اللهو لا يقع به تقويم، مقدور على تسليمه للزوجة، معلوم قدراً وصنفاً وأجلاً.

فلا يصح كون المهر غير متمول: كقصاص وجب للزوج على زوجته، فتزوجها على تركه، فيفسخ قبل الدخول، فإن دخل وجب صداق المثل، ويرجع للدية. ومثل سمسرة كأن يتزوجها ليكون سمساراً في بيع سلعة لها.

---

(١) الشرح الصغير: ٢/٤٢٩ - ٤٣٢، وانظر أيضاً ص ٣٨٥، القوانين الفقهية: ص ٢٠١، بداية المجتهد: ٢/٢٠، ٢٧.

ولا يصح على ما لا يملك شرعاً كخمر وخنزير ونجس كروث دوابة.

ولا على غير مقدور على تسليمه كآبق، وما فيه غرر كجنين وثمرة لم يبد صلاحها على أن تبقى حتى تطيب. فإن شرط أخذها من هذا الوقت بالجداد جاز.

ولا على مجهول كشيء أو ثوب لم يعين نوعه، أو دنانير لم يبين قدرها، أو شيء لم يبين أجل تسليمه، أو فرس من أفراسه يختاره هو لا هي؛ لاحتمال اختياره الأدنى أو الأعلى. أما إذا كان الاختيار لها، على أنها لا تختار إلا الأحسن فيجوز، إذ لا غرر.

وجاز المهر الذي فيه جهالة يسيرة أو غرر يسير، لبناء الزواج على المكارمة والتسامح، كأن يتزوجها على مهر مثلها، أو على جهاز البيت المعلوم بينهم وهو ما يسمى: شَوْرة: أي متاع البيت، ويقع على الوسط، أي وسط ما يتناكح به الناس.

وجاز المهر على عدد معلوم كعشرة من إبل أو غنم، ويقع على الوسط، ويعتبر الوسط في السن وفي الجودة والرداءة.

ولا يجوز المهر على منفعة لا يستحق في مقابلها المال، فلا تصح مهراً، كأن يتزوجها ويجعل مهرها طلاق ضرتها، أو ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، فإن كل منفعة من هذه المنافع لا تصلح أن تكون مهراً؛ لأنها لا تقابل بمال، ولا يجوز في المشهور عندهم كالحنفية النكاح على الإجارة كالخدمة وتعليم القرآن، وقيل: يجوز وفاقاً للشافعي وابن حنبل.

ضابط ما يصلح مهراً عند الشافعية والحنابلة[1]:

قالوا: كل ما صح مبيعاً صح صداقاً، أو كل ما صح ثمناً أو أجرة، صح مهراً وإن قل، وهو كل متمول سواء أكان عيناً أم ديناً، معجلاً وموجلاً، عملاً ومنفعة معلومة،

---

(١) مغني المحتاج: ٢٢٠/٣، ٢٢٥، المهذب: ٥٦/٢، كشاف القناع: ١٤٣/٥ - ١٤٧، المغني: ٦٨٧/٦، ٦٩٤ - ٦٩٨.

كرعاية غنمها مدة معلومة، وخياطة ثوبها، ورد آبقها من موضع معين، وخدمة مدة معينة، وتعليم القرآن أو شيء من الشعر المباح أو الأدب، أو تعليم كتابة أو صنعة وغيرها من المنافع المباحة، لقوله تعالى حكاية عن شعيب مع موسى عليهما السلام: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين، على أن تأجرني ثماني حِجَج﴾ ولأن الزواج عقد على المنفعة فجاز بما ذكر كالإجارة، ولأن منفعة الحر يجوز أخذ العوض عنها في الإجارة، فجازت صداقاً، وللحديث المتقدم: «قد زوجتكها بما معك من القرآن».

فإن طلقها قبل الدخول وقبل استيفاء المنفعة، فعليه نصف أجرة النفع الذي جعله صداقاً لها.

والحاصل: أن المهر على أن يخدم الرجل المرأة بنفسه في البيت أو غيره لا يجوز عند الحنفية، ويجوز عند الشافعية، ويجوز عند الحنابلة لمدة معينة.

ويصح أن يتزوج الرجل امرأة على عمل معلوم، كخياطة ثوب معين منه ومن غيره، فإن تلف الثوب قبل خياطته، فعليه أجرة المثل.

ولا يجوز أن يكون المهر شيئاً محرَّماً والزوجان مسلمان أو المرأة كتابية، مثل الخمر والخنزير والمغصوب، وتعليم التوراة أو الإنجيل أو شيء منهما، فإن تزوج الرجل بمحرَّم، صح النكاح ووجب مهر المثل لفساد التسمية، بانتفاء كون الخمر والخنزير مالاً، وانتفاء كون المغصوب ملكاً للزوج، ولأن المذكور من التوراة أو الإنجيل منسوخ مبدل محرم، فهو كما لو أصدقها محرماً.

ولا يصح كون المهر فيه غرر كالمعدوم والمجهول، ولا ما لا يتم تملكه له كالمبيع قبل القبض، ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والبعير الشارد والطير الطائر؛ لأنه عوض في عقد، فلا يجوز به كالعوض في البيع والإجارة. فإن تزوج على شيء منه لم يبطل النكاح؛ لأن فساده ليس بأكثر من عدمه أي عدم المهر، فإذا صح النكاح

مع عدمه صح مع فساده، ويجب مهر المثل؛ لأنها لم ترض من غير بدل، ولم يسلم لها البدل، وتعذر رد المعوض، فوجب رد بدله، كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت في يد المشتري.

وتضر الجهالة الفاحشة بأن كانت هناك جهالة في الجنس أو النوع أو المقدار أو الصفة، فإن أصدقها داراً غير معينة، أو دابة مبهمة، أو شيئاً لم يعينه ولم يصفه، أو أصدقها مجهولاً كمتاع بيته، وما يحكم به أحد الزوجين أو ما يحكم به زيد، أو ما يثمر شجره ونحوه، لم يصح. وإن أصدقها ما لا منفعة فيه كالحشرات، أو أصدقها ما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء، أو ما لا يتمول عادة كقشرة جوزة وحبة حنطة، لم يصح الإصداق للجهالة أو الغرر أو عدم التمول.

وجوب مهر المثل عند فساد المهر: يتبين مما سبق أن المهر إذا فسدت تسميته يجب مهر المثل باتفاق الفقهاء، ويفسد العقد أيضاً عند المالكية ويجب فسخ الزواج إلا إذا دخل الرجل بالمرأة، فإن دخل بها وجب مهر المثل. وقال الجمهور: إذا فسد المهر لا يفسد العقد، بل يكون صحيحاً، فإن حصلت الفرقة قبل الدخول، كان لها المتعة، وإن حصلت الفرقة بعد الدخول كان لها مهر المثل؛ لأن فساد المهر ـ كما بينا ـ لا يزيد على عدم تسميته عند العقد، فإذا صح العقد مع عدم المهر، صح بفساد المهر؛ لأن ذكره كالعدم.

رابعاً ـ أنواع المهر وحالات وجوب كل نوع:

المهر عند الفقهاء نوعان: مهر مسمى ومهر المثل[1].

أما المهر المسمى: فهو ما سمي في العقد أو بعده بالتراضي، بأن اتفق عليه

---

(١) البدائع: ٢٧٤/٢، ٢٧٧، ٢٨٠، ٢٨٧، الدر المختار: ٤٦٠/٢، ٤٨٧ وما بعدها، الكتاب مع اللباب: ٢٢/٣ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣٠٠/٢، ٣١٣، الشرح الصغير: ٤٤٩/٢، ٤٥٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٢٧/٣ ـ ٢٣٩ وما بعدها، كشاف القناع: ١٧٤/٥، ١٧٨، المغني: ٧١٢/٦ ـ ٧١٦، المهذب: ٦٠/٢.

صراحة في العقد، أو فرض للزوجة بعده بالتراضي، أو فرضه الحاكم، لعموم قوله تعالى: ﴿ وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم ﴾.

ويعد من المهر المسمى في العقد: ما يقدمه الزوج عرفاً لزوجته قبل الزفاف أو بعده، كثياب الزفاف أو هدية الدخول أو بعده؛ لأن المعروف بين الناس كالمشروط في العقد لفظاً، ويجب إلحاقه بالعقد، ويلزم الزوج به إلا إذا شرط نفيه وقت العقد.

ونص المالكية[1] على أن ما يهدى للمرأة قبل العقد أو حال العقد، يعد من المهر، ولو لم يشترط، وكذا ما أهدي إلى وليها قبل العقد، فلو طلقت قبل الدخول، كان للزوج أن يرجع بنصف ما أهداه، أما ما أهدي إلى الولي بعد العقد فيختص به، وليس للزوجة ولا للزوج أخذه منه.

وأما مهر المثل:

فقد حدده الحنفية: بأنه مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها، لا أمها إن لم تكن من قوم أبيها، كأختها وعمتها وبنت عمها، في بلدها وعصرها. وتكون المماثلة في الصفات المرغوبة عادة: وهي المال والجمال والسن والعقل والدين؛ لأن الصداق يختلف باختلاف البلدان، وباختلاف المال والجمال والسن والعقل والدين، فيزداد مهر المرأة لزيادة مالها وجمالها وعقلها ودينها وحداثة سنها، فلا بد من المماثلة بين المرأتين في هذه الصفات، ليكون الواجب لها مهر مثل نسائها. فإن لم يوجد من تماثلها من جهة أبيها، اعتبر مهر المثل لامرأة تماثل أسرة أبيها في المنزلة الاجتماعية. فإن لم يوجد فالقول للزوج بيمينه؛ لأنه منكر للزيادة التي تدعيها المرأة.

ويشترط لثبوت مهر المثل: إخبار رجلين، وامرأتين، ولفظ الشهادة، فإن لم يوجد شهود عدول، فالقول للزوج بيمينه، لما ذكر.

---

(١) الشرح الصغير: ٤٥٥/٢ وما بعدها.

وحدد الحنابلة مهر المثل : بأنه معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها ، من جهة أبيها وأمها ، كأختها وعمتها ، وبنت عمتها ، وأمها ، وخالتها وغيرهن القربى فالقربى ، لحديث ابن مسعود السابق في المرأة المفوضة[1] : « لها مهر نسائها » ولأن مطلق القرابة له أثر في الجملة . فإن لم يكن أقارب اعتبر شبهها بنساء بلدها ، فإن عدمن اعتبر أقرب النساء شبهاً بها من أقرب البلاد إليها .

وحدد المالكية والشافعية مهر المثل : بأنه ما يرغب به مثله ـ أي الزوج ـ في مثلها ـ أي الزوجة ـ عادة .

ويعتبر مهر المثل عند الشافعية بمهر نساء العصبات ، لحديث علقمة : قال : « أُتي عبد الله ـ أي ابن مسعود ـ في امرأة تزوجها رجل ، ثم مات عنها ، ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يكن دخل بها ، قال : فاختلفوا إليه ، فقال : أرى لها مثل مهر نسائها ، ولها الميراث ، وعليها العدة ، فشهد مَعْقِل بن سنان الأشجعي أن النبي ﷺ قضى في بروع ابنة واشق بمثلما قضى »[2] ، وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن ، وأقربهن الأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام ، فإن لم يكن لها نساء عصبات ، اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات ؛ لأنهن أقرب إليها ، فإن لم يكن لها أقارب ، اعتبر بنساء بلدها ، ثم بأقرب النساء شبهاً بها .

ويعتبر مهر المثل عند المالكية[3] بأقارب الزوجة وحالها في حسبها ومالها وجمالها ، مثل مهر الأخت الشقيقة أو لأب ، لا الأم ولا العمة لأم أي أخت أبيها من

---

(١) المفوضة بكسر الواو وفتحها ، من التفويض وهو الرد أو التصيير إليه ، وهو نوعان عند الحنابلة : تفويض البضع : وهو أن يزوج الأب ابنته المجبرة بغير صداق ، أو تأذن المرأة لوليها أن يزوجها بغير صداق . وتفويض المهر : وهو أن يتزوجها الرجل على ماشاءت أو على ماشاء الزوج أو الولي أو على ماشاء أجنبي غير الزوجين (كشاف القناع : ١٧٤/٥ وما بعدها) .

(٢) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) وصححه الترمذي ، وأخرجه أيضاً الحاكم والبيهقي وابن حبان ، وصححه أيضاً ابن مهدي (نيل الأوطار : ١٧٢/٦) .

(٣) الشرح الكبير : ٣١٦/٢ ـ ٣١٧ ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٤ .

أمه ، فلا يعتبر صداق المثل بالنسبة إليها ؛ لأنها قد يكونان من قوم آخرين .

وتعتبر المساواة باتفاق المذاهب كما ذكر عند الحنفية : في التدين والمال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد والنسب والحسب : وهو ما يعد من مفاخر الآباء من كرم وعلم وحلم ونجدة وصلاح وإمارة ونحوها من كل ما يختلف لأجله الصداق .

وتلاحظ هذه الأوصاف في النكاح الصحيح يوم العقد ، وفي النكاح الفاسد يوم الوطء ؛ لأنه الوقت الذي يتقرر به صداق المثل ، كوطء الشبهة ، فإنه يجب صداق المثل فيه بحسب الأوصاف يوم الوطء .

قال الحنابلة : وإن كانت عادة أقاربها تخفيف المهر ، لوحظ التخفيف ، وإن كانت عادتهم تسمية مهر كثير لا يستوفونه قط ، فوجوده كعدمه . وإن كانت عادتهم التأجيل فرض مؤجلاً ؛ لأنه مهر نسائها ، وإن لم يكن عادتهم التأجيل فرض حالاً ؛ لأنه بدل متلف ، فوجب أن يكون حالاً كقيم المتلفات . فإن اختلفت عادتهن في الحلول والتأجيل ، أو اختلفت مهورهن قلة وكثرة ، أخذ بالوسط منها ؛ لأنه العدل ، وأخذ بنقد البلد الحالي ، فإن تعدد فمن غالبه ؛ لأنه بدل متلف ، فأشبه قيمة المتلفات .

حالات وجوب مهر المثل : يجب مهر المثل للزوجة في الأحوال التالية :

١ ـ نكاح التفويض : أن يكون العقد صحيحاً ، ولكن بدون تسمية المهر ، وتسمى المرأة مفوّضة بكسر الواو أو فتحها ، ففي حالة الكسر : ينسب التفويض إلى المرأة ، أي فهي التي فوضت تقدير المهر إلى الزوج ، وفي حالة الفتح : ينسب الفعل إلى الولي ، فتكون المرأة قد فوض أمرها إلى الزوج ، ويسمى العقد عقد تفويض .

والتفويض عند **الحنفية**[1] : أن يتزوج رجل امرأة دون أن يسمي لها مهراً ،

---

(١) البدائع : ٢٧٤/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤٦٠/٢ وما بعدها .

فالمفوضة: هي من فوضت أمرها لوليها وزوجها بلا مهر، أو هي من فوضها وليها إلى الزوج بلا مهر، كأن يقول الرجل لولي المرأة: زوجني فلانة، فيقول: قبلت، ولا يذكران مهراً، فإن دخل بها أو مات قبل تسمية المهر، وجب لها مهر المثل، وإن طلقت قبل الدخول فلا شيء لها من المهر، وإنما يجب لها المتعة اتفاقاً.

والتفويض عند **المالكية**[1]: عقد بلا تسمية مهر، ولا دخول على إسقاطه، ولا تفويض الصداق لحكم أحد، فإن دخل الزوجان مع الاتفاق على إسقاطه، فليس من التفويض، بل نكاح فاسد. أو هو بعبارة أخرى: أن يسكت الطرفان عن تعيين الصداق حين العقد، ويفوض التعيين إلى أحدهما، أو إلى غيرهما، ثم لا يدخل بها حتى يتعين. فإن فرضه أحدهما بعد تفويض الآخر، لزمه، ويلزم المرأة إن فرض لها صداق المثل أو أكثر، أما إن فرض لها الأقل فلا تلزم به إلا برضاها.

وإن لم يرض الزوج، كان مخيراً بين أمور ثلاثة: إما أن يبذل صداق المثل، أو يرضى بفرضها، أو يطلق. فإن مات قبل الدخول وقبل الفرض، فلا صداق لها، ولها الميراث اتفاقاً. وإن طلقها قبل الدخول فلا نصف لها إلا إن كان قد فرض لها، فإن فرض لها صداق المثل أو مارضيت به قبل الدخول تشطر المهر أي تنصف. وإن فوض الصداق لحكم أحد جاز أيضاً ويسمى نكاح تحكيم، وهو كنكاح التفويض: عقد زواج بلا تسمية مهر ولا دخول على إسقاطه.

والتفويض **عند الشافعية**[2]: هو كما عند الحنفية تفويض البُضْع، وهو الذي ينصرف الإطلاق إليه، وهو أن يزوج الأب ابنته المجبرة بغير صداق، أو تأذن المرأة لوليها أن يزوجها بغير صداق، سواء سكت عن المهر أو شرط نفيه، ولا يصح تفويض غير رشيدة، وحكمه على الصحيح عندهم أنه لا يجب لها المهر بالعقد؛ لأنه لو وجب لها المهر بالعقد، لتنصف بالطلاق، ويفرض لها ما يتفقان عليه، ومتى فرض

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٠٣، الشرح الكبير: ٣١٣/٢ - ٣١٧، الشرح الصغير: ٤٤٩/٢.

(٢) المهذب: ٦٠/٢، مغني المحتاج: ٢٢٨/٣ - ٢٣١.

لها المهر، صار المفروض كالمسمى في الاستقرار بالدخول والموت، والتنصف بالطلاق؛ لأنه مهر مفروض، فصار كالمفروض في العقد. وللمرأة قبل الدخول مطالبة الزوج بأن يفرض لها مهر، ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج، ويجوز فرض مؤجل في الأصح، وفوق مهر المثل، ولو امتنع من الفرض أو تنازعا فيه فرض القاضي مهر المثل. فإن لم يفرض لها مهر حتى طلقها، لم يجب لها شي من المهر، كما قال المالكية، لقوله عز وجل: ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم ﴾ فدل على أنه إذا لم يفرض المهر، لم يجب النصف.

وإن لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل.

وإن مات الزوجان أو أحدهما قبل الفرض، وجب مهر المثل في الأظهر كما رجح النووي؛ لأن الموت كالوطء في تقرير المسمى، ولأن بَرْوَع بنت واشق نكحت بلا مهر، فمات زوجها قبل أن يفرض لها، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها وبالميراث[1].

والحاصل: أنه بالتفويض لا يجب شيء بنفس العقد، وإنما يجب مهر المثل بالوطء، ويتقرر مهر المثل بحال العقد في الأصح، ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج، ولا يصح فرض أجنبي من ماله في الأصح؛ لأنه خلاف ما يقتضيه العقد، وإن طلق قبل فرض ووطء فلا شطر، أي لا تأخذ نصف المهر، لمفهوم الآية، والأظهر وجوب مهر المثل بالموت قبل فرض مهر.

والتفويض **عند الحنابلة** نوعان[2] كما يقول المالكية:

١ ـ تفويض البضع[3]: وهو الذي ينصرف الإطلاق إليه، وهو أن يزوج الأب

---

(١) رواه أبو داود وغيره، وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) كشاف القناع: ١٧٤/٥ ـ ١٧٧، المغني: ٧١٢/٦ وما بعدها.

(٣) سمي بذلك لأن المرأة فوضت بضع (أي زواج) نفسها، بأن أذنت لوليها أن يزوجها بلا مهر.

ابنته المجبرة بغير صداق ، أو تـأذن المرأة لوليهـا أن يزوجهـا بغير صـداق ، سواء سكت عن الصـداق أم شرط نفيـه ، فيصـح العقـد ، ويجب لهـا مهر المثـل ، لقـولـه تعـالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النسـاء مـالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضـة ﴾ ولقضـائـه ﷺ في بروع بنت واشق ، كما تقدم .

٢ ـ تفويض المهر: وهو أن يتزوجهـا على مـا شـاءت ، أو على مـا شـاء الـزوج أو الولي ، أو على ما شاء أجنبي غير الزوجين ، أو يقول الولي : زوجتكها على مـا شئنـا أو على حكمنـا ونحوه ، فـالنكاح صحيح في جميع هـذه الصور ، ويجب مهر المثل ؛ لأنها لم تأذن في تزويجها إلا على صداق ، لكنه مجهول فقط .

ووجب مهر المثل في النوعين بـالعقـد ؛ لأنهـا تملـك المطـالبـة بـه ، فكان واجبـاً كالمسمى ، ولأنه لو لم يجب العقد لما استقر بالموت أو يجب بعد دخوله بهـا ، فـإن دخل الزوج بالمفوضة قبل الفرض استقر به مهر المثل .

فإن تراضى الزوجـان المكلفـان الرشيـدان على فرض المهر ، لزم مـا اتفق عليـه ، وصـار حكمـه حكم المسمى في العقـد ، قليـلاً كان أو كثيراً . وإن لم يتراضيـا على شيء ، فرض الحاكم بقدر مهر المثل ، كما قال الشافعية .

وصار المفروض بالاتفاق أو بالقضاء كالمسمى في العقـد ، يتنصف بـالطلاق قبل الـدخـول ، ولا تجب المتعـة معـه ، لعمـوم آيـة ﴿ وقـد فرضتم لهن فريضـة ، فنصف ما فرضتم ﴾ .

وإن مـات أحـد الزوجين قبل الـدخول وقبل الفرض ، ورثـه صـاحبـه ، وكان للمفوضة مهر المثل . وإن فارق الزوج المفوضة قبل الدخول بطلاق أو غيره لم يكن لها إلا المتعـة ، لعموم قولـه تعـالى : ﴿ ومتعوهن على المـوسـع قَـدَره ، وعلى المقتر قـدره ﴾ والأمر يقتضي الوجوب .

والخلاصة : أن نكاح التفويض يوجب مهر المثل بالاتفاق ، والمتعـة فقـط ، قبل

الدخول مالم يفرض مهر، ويستقر مهر المثل بالدخول، ويجب مهر المثل بـالموت قبل الدخول وقبل فرض المهر في رأي الجمهور، وخالف المالكية فيـه، فقـالوا: لا يجب لهـا مهر بالموت.

٢ـ الاتفاق على عدم المهر: كأن يتزوج رجل امرأة على ألا مهر لها، فتقبل، فيجب لها مهر المثل بالدخول أو بالموت عنـد الجمهور غير المـالكيـة كما بينـا؛ لأن هـذا الاتفـاق بـاطل، واشتراط نفي المهر فـاسـد، والشرط الفـاسـد لا يفسـد الزواج عنـد الحنفية، ونفي المهر لا يفسده أيضاً عند الشافعية والحنابلة.

وقال المالكية: إذا اتفق الزوجان على إسقاط المهر، فسد العقـد، لكن يجب لهـا بالدخول مهر المثل. ولا يجب لها شيء بالطلاق أو موت أحدهما قبل الدخول.

٣ـ التسمية غير الصحيحة للمهر: بأن يكون المسمى غير مـال أصلاً كالميتـة وحبة القمح وقطرة الماء ونحوها مما لا ينتفع بـه أصلاً، أو ينتفع بـه على نحو لا يعتـد به. أو يكون المسمى مالاً غير متقوم أو مشتملاً على غرر كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ولو كانت الزوجة كتـابيـة، وكالطير في الهواء والمعـادن في بـاطن الأرض. أو يكون المسمى مجهـولاً جهـالـة فـاحشـة: وهي التي تفضي إلى النزاع، وهي عنـد الحنفيـة كما قدمنا: جهالة الجنس أو النوع.

يجب في هذه الحالات عند الجمهور مهر بالدخول أو بالموت قبل الدخول.

وقال المالكية[1]: إذا سمي مـا لا يصح مهراً، فسـد العقـد، ولا تستحق المرأة مهر المثل إلا بالدخول، أما إن فارقها قبل الدخول بـالموت أو الطلاق، فلا يجب لهـا شيء كما بينا.

---

(١) الشرح الصغير: ٤٤٠/٢ ـ ٤٤١.

حالة وجوب المهر المسمى، وماذا يجب في الزواج الفاسد:

يجب المهر المسمى إذا كانت التسمية صحيحة، وكان العقد صحيحاً أيضاً، سواء أتمت التسمية في العقد أم بعده بالتراضي.

فإن كان الزواج فاسداً بسبب آخر غير فساد تسمية المهر كالزواج بلا شهود وكزواج المحلل والزواج المؤقت، وجب المهر بالدخول الحقيقي، لقوله ﷺ عن عائشة: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها..»[1].

لكن ما هو هذا المهر الواجب؟ اختلفت الآراء الفقهية في تحديده[2]:

فقال أبو حنيفة: للمرأة مهر المثل بالغاً ما بلغ؛ لأنه لا تلاحظ التسمية في حقها، فالتحقت التسمية بالعدم.

وقال الصاحبان (أبو يوسف ومحمد): لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من المسمى، لرضاها بالمسمى.

واتفق الحنفية على أن الواجب للمرأة في الوطء بشبهة أو في نكاح المتعة هو مهر المثل على ألا يزاد على المسمى، وكذا في نكاح الشغار: الواجب هو مهر المثل؛ لأن الزواج صحيح، فحكمه حكم أي زواج فسدت تسمية المهر فيه كما بينا. والخلوة عندهم في الزواج الفاسد لا توجب الصداق.

وقال المالكية: الواجب في نكاح الشغار لمن دخل بها الأكثر من المسمى وصداق المثل، ويجب صداق المثل في كل زواج فسدت تسمية المهر فيه. أما إذا فسد العقد

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن عائشة (نيل الأوطار: ١١٨/٦).

(٢) البدائع: ٢٨٦/٢، الدر المختار: ٤٥٧/٢، اللباب: ٢٢/٣، الشرح الصغير وحاشية الصاوي: ٤١٣/٢، ٤٤٦ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٠٤، مغني المحتاج: ٢٢٨/٣، كشاف القناع: ١٧٩/٥، المغني: ٧٥٠/٦.

بسبب آخر غير تسمية الصداق كزواج المحلل مثلاً، فيجب للمرأة المهر المسمى بالدخول، أما الوطء بشبهة فيوجب مهر المثل.

وقال الشافعية: المهر الواجب بالوطء هو مهر المثل، مهما بلغ؛ لأن الشرع جعل المهر للمرأة في الزواج الباطل بسبب الوطء، لا بسبب العقد، والوطء يوجب مهر المثل، ولأنه إذا فسدت التسمية لا يلتفت إليها، ويرجع إلى مهر المثل.

وقال الحنابلة: المهر الواجب في النكاح الفاسد بالدخول أو بالخلوة: هو المهر المسمى، لما وقع في بعض ألفاظ حديث عائشة المتقدم: «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها»[1]، ولأن النكاح مع فساده ينعقد ويترتب عليه أكثرأحكام الصحيح، من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت ونحوها، فلزم المسمى فيه كالصحيح. أما الوطء بشبهة فيوجب مهر المثل.

والخلاصة: أنه يجب المهر للمنكوحة نكاحاً صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد، والموطوءة بشبهة، بغير خلاف، ويجب للمكرهة على الزنا، إلا أن الواجب في فساد الزواج عند المالكية والحنابلة: هو المسمى، وعند أبي حنيفة والشافعية هو مهر المثل، وعند الصاحبين: الأقل من المسمى ومهر المثل، واتفق الفقهاء على أن الوطء بشبهة يوجب مهر المثل؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر.

وقال الحنفية[2]: الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر إلا في مسألتين:

الأولى- الصبي المراهق إذا تزوج امرأة بلا إذن وليه، ودخل بها، فرد أبوه نكاحها، فلا يجب على الصبي حد ولا عُقْر (مهر)، أما الحد فلأنه في حال الصبا، وأما المهر (العُقْر) فلأنها إنما زوجت نفسها منه مع علمها أن نكاحه لا ينفذ، فقد رضيت ببطلان حقها.

(١) رواه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسنادهما.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٥٠٧/٢ وما بعدها، اللباب: ٢٢/٣.

الثانية : من باع أمته ، ووطئها قبل التسليم إلى المشتري ، فلا حد عليه ولا مهر ؛ لأنه من شبهة المحل ، لكونها في ضمانه ويده ، إذ لو هلكت عادت إلى ملكه ، والخراج بالضمان (الغنم بالغرم) ، فلو وجب عليه المهر استحقه .

خامساً ـ صاحب الحق في المهر :

هناك حقوق ثلاثة في حالة الابتداء تتعلق بالمهر ، وحق واحد يتعلق بالمهر حالة البقاء . والمقصود بالابتداء : ابتداء عقد الزواج ، وبالبقاء : بقاء واستمرار الزواج .

أما الحقوق المتعلقة بالمهر حالة الابتداء : فهي حق الله وحق الزوجة وحق الأولياء .

أما حق الله تعالى : فهو وجوب المهر أثراً للعقد ، بحيث لا يخلو عنه ، ولا يقل عن عشرة دراهم عند الحنفية ، وربع دينار أو ثلاثة دراهم عند المالكية ، ولا حد لأقله عند الشافعية والحنابلة ، فلو انعقد الزواج بدون مهروجب مهر المثل بحكم الشرع بالدخول . وإن لم يدخل بها ، كان مخيراً عند المالكية بين إتمام المهر وبين الفسخ ، فإن فسخ وجب للمرأة نصف المسمى .

وأما حق الزوجة : فهو ثبوت ملكها للمهر بالقبض ، وألا يقل عن مهر مثلها ، فلو زوجها بأقل من مهر مثلها وكانت رشيدة عند الحنفية ، وغير مجبرة عند المالكية ، فلها حق الاعتراض على هذا الزواج ويبطل تزويج الأب البنت البكر بدون مهر المثل . أما المجبرة أو عديمة الأهلية أو ناقصتها كالصغيرة والمجنونة : فإن كان المزوج لها الأب فليس لها الاعتراض عند المالكية والحنابلة ؛ لأن للأب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها . وإن كان المزوج لها غير الأب من الأولياء ، فلا يزوجها إلا بمهر المثل . وأثبت الشافعية للمرأة مطلقاً حق الاعتراض إن زوجها وليها بأقل من مهر المثل [1] .

---

(١) الدر المختار : ٤١٩/٢ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣٥٣/٢ ، مغني المحتاج : ١٤٩/٣ ، ٢٢٧ ، كشاف القناع : ٤٣/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٣ .

وأما حق الأولياء : فهو عند أبي حنيفة ألا يقل المهر عن مهر المثل ، فلو زوجت البكر البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر مثلها ، كان لوليها العاصب عنده أن يعترض على هذا العقد ويطلب فسخه ؛ لأن الأولياء يعيرون بأقل من مهر المثل ، ورضا المرأة بإسقاط حقها لا يسقط حق وليها ، فإن أتم الزوج مهر مثلها ، لزم العقد وسقط حق الفسخ .

وأما ما يتعلق بالمهر حالة البقاء : فهو حق المرأة ، فيكون ملكاً خالصاً لها لا يشاركها فيه أحد ، فلها أن تتصرف فيه ، كما تتصرف في سائر أموالها متى كانت أهلاً للتصرف ، فلها حق إبراء الزوج منه أو هبته له .

اشتراط الولي شيئاً من المهر لنفسه : وبناء عليه ، قال الشافعية[1] : لو نكح رجل امرأة بألف ، على أن لأبيها ألفاً أو أن يعطيه الزوج ألفاً ، فالمذهب فساد الصداق في الصورتين ؛ لأنه جعل بعض ما التزمه في مقابل البضع لغير الزوجة ، ووجوب مهر المثل فيهما لفساد المسمى .

ولكن الحنابلة[2] قالوا : يجوز لأبي المرأة الذي يصح تملكه دون سواه أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه ؛ لأن شعيباً زوج موسى عليهما الصلاة والسلام ابنته على رعاية غنمه ، واشترط ذلك لنفسه ، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده ، لقوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك» ولقوله ﷺ : «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم»[3] . ويكون الأخذ أخذاً من مالها ، فإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها صح الاتفاق ، وكان الكل مهرها ، ولا يملكه الأب إلا بالقبض مع النية لتملكه ، كسائر مالها ، وشرطه ألا يجحف بمال البنت . فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها

---

(١) مغني المحتاج : ٢٢٦/٣ .

(٢) كشاف القناع : ١٥١/٥وما بعدها ، المغني : ٦٦٦/٦ وما بعدها .

(٣) هذا الحديث واحد ، الكلام الثاني منه معطوف على الأول ، رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن (نيل الأوطار : ١٢/٦) .

بنصف الألفين ، ولم يكن على الأب شيء مما أخذه من مال إن قبضه بنية التملك ؛ لأنه أخذه من مال ابنته ، فلا رجوع عليه بشيء منه كسائر مالها . وإن طلقها الزوج قبل قبض الصداق المسمى ، سقط عن الزوج نصف المسمى ، ويبقى النصف للزوجة ، يأخذ الأب من النصف الباقي لها ما شاء بشرط ألا يجحف بمال البنت .

وإن فعل ذلك أي اشتراط الصداق أو بعضه غير الأب كالجد والأخ والأب الذي لا يصح تملكه ، صحت التسمية ولغا الشرط ، والكل لها ؛ لأن جميع ما اشترطه عوض في تزويجها ، فيكون صداقاً لها ، كما لو جعله لها .

سادساً ـ تعجيل المهر وتأجيله :

أجاز الفقهاء تأجيل المهر ، فقال الحنفية[1] : يصح كون المهر معجلاً أو مؤجلاً كله أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، عملاً بالعرف والعادة في كل البلدان الإسلامية ، ولكن بشرط ألا يشتمل التأجيل على جهالة فاحشة ، بأن قال : تزوجتك على ألف إلى وقت الميسرة ، أو هبوب الرياح ، أو إلى أن تمطر السماء ، فلا يصح التأجيل ، لتفاحش الجهالة .

وإذا اتفق صراحة على تقسيط المهر ، عمل به ؛ لأن الاتفاق من قبيل الصريح ، والعرف من قبيل الدلالة ، والصريح أقوى من الدلالة .

وإذا لم يتفق على تعجيل المهر أو تأجيله ، عمل بعرف البلد ؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

وإذا لم يكن هناك عرف بالتعجيل أو التأجيل ، استحق المهر حالاً ؛ لأن حكم المسكوت حكم المعجل ؛ لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد ، لأنه أثر من آثاره ، فإذا

---

(١) البدائع : ٢/٢٨٨ ، الدر المختار : ٢/٤٩٣ .

لم يؤجل صراحة أو عرفاً عمل بالأصل؛ لأن هذا عقد معاوضة، فيقتضي المساواة من الجانبين.

وأجاز الشافعية والحنابلة[1] تأجيل المهر كله أو بعضه لأجل معلوم؛ لأنه عوض في معاوضة. فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أجل لأجل مجهول كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه لم يصح؛ لأنه مجهول، وإن أجل ولم يذكر الأجل، فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحله الفرقة أو الموت، وعند الشافعية: المهر فاسد ولها مهر المثل.

وفصل المالكية[2] في حكم التأجيل فقالوا: إن كان المهر معيناً حاضراً في البلد كالدار والثوب والحيوان، وجب تسليمه للمرأة أو لوليها يوم العقد، ولا يجوز تأخيره في العقد، ولو رضيت بالتأخير، فإن اشترط التأجيل في العقد، فسد العقد، إلا إذا كان الأجل قريباً كاليومين والخمسة. ويجوز للمرأة التأجيل من غير شرط، ويكون تعجيله من حقها.

وإن كان المهر المعين غائباً عن بلد العقد، صح النكاح إن أجل قبضه بأجل قريب بحيث لا يتغير فيه غالباً، وإلا فسد النكاح.

وإن كان المهر غير معين كالنقود والمكيل والموزون غير المعين، فيجوز تأجيله كله، أو بعضه، ويجوز التأجيل إلى الدخول إن علم وقته كالحصاد أو الصيف أو قطاف الثمار، والتأجيل إلى الميسرة إذا كان الزوج غنياً، بأن كان له سلعة ينتظر قبض ثمنها، أو له أجر في وظيفة، فإن كان فقيراً لم يصح العقد. ويجوز التأجيل إلى أن تطلبه المرأة منه، فهو كتأجيله للميسرة.

وعليه يشترط لجواز التأجيل شرطان:

---

(١) مغني المحتاج: ٢٢٢/٣، كشاف القناع: ١٧٨/٥، المغني: ٦٩٣/٦.

(٢) الدسوقي مع الشرح الكبير: ٢٩٧/٢، الشرح الصغير: ٤٣٢/٢ - ٤٣٣.

الأول ـ أن يكون الأجل معلوماً: فإن كان مجهولاً كالتأجيل للموت أو الفراق فسد العقد، ووجب فسخه، إلا إذا دخل الرجل بالمرأة، فيجب حينئذ مهر المثل.

الثاني ـ ألا يكون الأجل بعيداً جداً كخمسين سنة فأكثر، لأنه مظنة إسقاط الصداق، والدخول على إسقاط الصداق مفسد للزواج.

وقد أخذ القانون السوري بمذهب الحنفية، فنص على ما يلي:

م ٥٥: يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً، وعند عدم النص يتبع العرف.

م ٥٦: التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة، ما لم ينص في العقد على أجل آخر.

حكم إعسار الزوج بالمهر:

إذا عجز الزوج عن دفع معجل المهر، لم يكن للزوجة عند الحنفية وفي الأصح عند الحنابلة[1] الحق في طلب فسخ الزواج بأي حال، سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده، وإنما لها الحق في منع نفسها من الزوج، وعدم التقيد بإذنه في الخروج لزيارة أهلها، والسفر معه، ونحوهما.

وقال المالكية والشافعية[2]: للزوجة الحق في طلب الفسخ حينئذ، والصحيح عند الشافعية أن لها فسخ الزواج قبل الدخول وبعده، وعند المالكية قبل الدخول لا بعده.

وذكر الحنفية[3] أنه إن اشترط تأجيل المهر كله مدة معينة كسنة: فإن اشترط الزوج الدخول قبل حلول الأجل، فليس للزوجة الحق في الامتناع، وإن لم يشترط

---

(١) الدر المختار: ٤٩٢/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ١٨٣/٥.

(٢) الشرح الصغير: ٤٣٤/٢، المهذب: ٦١/٢، بداية المجتهد: ٥١/٢.

(٣) الدر المختار: ٤٩٣/٢، فتح القدير: ٤٧٢/٢.

الزوج الدخول، فليس لها الامتناع أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنها لما رضيت بتأجيل المهر كله، كان ذلك رضا منها بإسقاط حقها في تعجيل المهر.

وقال أبو يوسف: للزوجة أن تمنع نفسها حتى يحل أجل تسليم المهر؛ لأن الزوج رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع. والفتوى استحساناً على هذا القول.

ضمان الولي المهر:

يرى الحنفية[1] أنه إذا ضمن ولي الزوجة أو وكيلها المهر لها، صح ضمانه؛ لأنه من أهل الالتزام، والولي والوكيل في النكاح سفير ومعبر، ولذا ترجع حقوق العقد إلى الأصيل، وللمرأة الخيار في مطالبة زوجها أو وليها، كسائر الكفالات. ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان الضمان بأمره، كما هو المقرر في الكفالة.

سابعاً ـ قبض المهر وما يترتب عليه:

قبض المهر حق خالص للزوجة كما بينا، فلها أن تمنع نفسها حتى تقبض مهرها المعجل كله، على الخلاف والتفصيل الآتي.

قال الحنفية[2]: للمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول أو عن الانتقال إلى بيته حتى يعطيها جميع المهر المعجل بأن تزوجها على صداق عاجل، أو كان مسكوتاً عن التعجيل والتأجيل؛ لأن حكم المسكوت حكم المعجل، ثم تسلم نفسها إلى زوجها، وإن كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها؛ لأن المهر عوض عن بُضْعها، كالثمن عوض عن المبيع، وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر. وإن استوفت معجل المهر بتمامه سقط حقها في منع نفسها منه.

---

(١) الكتاب مع اللباب: ٢٢/٣، الدر المختار: ٤٩٠/٢، فتح القدير: ٤٧١/٢ وما بعدها.

(٢) البدائع: ٢٨٨/٢ ـ ٢٨٩.

أما إذا دخل الزوج بها أو خلا بها، برضاها، وهي مكلفة (بالغة عاقلة) فلها أيضاً في رأي أبي حنيفة أن تمنع نفسها من الاستمتاع بها حتى تأخذ المهر، ولها أن تمنعه أن يخرجها من بلدها؛ لأن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع البُضْع في جميع أنواع الاستمتاع التي توجد في هذا الملك.

ويكون رضاها بالدخول أو بالخلوة قبل قبض معجل مهرها إسقاطاً لحقها في منع نفسها في الماضي، وليس لحقها في المستقبل. وهذا هو الراجح عند الحنفية، فللمرأة منع نفسها من الوطء ودواعيه، ومن السفر بها، ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما؛ لأن كل وطأة معقود عليها، فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقي.

وفي رأي الصاحبين: ليس لها أن تمنع نفسها، لأنها بالوطء مرة واحدة أو بالخلوة الصحيحة، سلمت جميع المعقود عليه برضاها، وهي من أهل التسليم، فبطل حقها في المنع، كالبائع إذا سلم المبيع، فرضاها بالوطء إسقاط لحقها في طلب المهر قبل الدخول، فيسقط حقها في الامتناع، فإذا امتنعت كانت ناشزة، فيسقط حقها في النفقة.

ووافق المالكية[1] الصاحبين، فقالوا: للمرأة ولو كانت معيبة بعيب رضي به منع نفسها من الدخول ومن الاختلاء بها بعد الدخول ومن السفر مع زوجها قبل الدخول حتى يسلم لها زوجها المهر المعين أو الصداق المعجل، أو المؤجل الذي حل أجل تسليمه. أما إن سلمت نفسها له قبل القبض بعد الوطء أو التمكين منه، فليس لها منع نفسها بعدئذ من وطء ولا سفر معه، سواء أكان موسراً أم معسراً، وإنما لها المطالبة به فقط ورفعه للحاكم كالمدين.

ووافق الحنابلة والشافعية[2] أيضاً رأي الصاحبين، أما الحنابلة فوافقوا في الدخول والخلوة، وأما الشافعية فوافقوا في الدخول.

---

(١) الشرح الصغير: ٤٣٤/٢، القوانين الفقهية: ص ٤٣٤، الشرح الكبير: ٢٩٧/٢وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٢٢٢/٣ وما بعدها، كشاف القناع: ١٨١/٥ ـ ١٨٣.

قال الشافعية : للمرأة ولو كانت مفوضة حبس نفسها لتقبض المهر المعين والحالّ ، لا المؤجل[1] ، فلو حل الأجل قبل تسليم نفسها للزوج ، فلا حبس في الأصح ، لوجوب تسليمها نفسها قبل الحلول ، فلا يرتفع الوجوب لحلول الحق . ولو بادرت الزوجة فمكنت الزوج من نفسها ، طالبته بالمهر ؛ لأنها بذلت ما في وسعها ، فإن لم يطأ : أي ولو خلا بها ، جاز لها الامتناع من تمكينه حتى يسلم المهر ؛ لأن القبض في النكاح بالوطء دون التسليم . وإن وطئها بتمكينها منه مختارة مكلفة ، ولو في الدبر ، فلا يحق لها الامتناع ، كما لو تبرع البائع بتسليم المبيع ، ليس له استرداده ليحبسه . أما إذا وطئت مكرهة أو غير مكلفة لصغر أو جنون فلها الامتناع ، لعدم الاعتداد بتسليمها .

وإن بادر الزوج ، فسلم المهر ، وجب على الزوجة تسليم نفسها ، فإن امتنعت الزوجة من تمكين زوجها بلا عذر منها ، لم يسترد المهر منها على الراجح ؛ لأنه تبرع بالمبادرة ، فكان كتعجيل الدين المؤجل ، لا يسترد .

وعبارة الحنابلة : للمرأة منع نفسها قبل الدخول حتى تقبض مهرها الحالّ كله أو الحالّ منه ، ولها المطالبة بحالّ مهرها ولو لم تصلح للاستمتاع لصغر أو نحوه .

فإن وطئها الزوج مكرهة قبل دفع الحالّ من صداقها ، لم يسقط به حقها من الامتناع ، كما قال الشافعية ؛ لأن وطأها مكرهة كعدمه .

وإذا جاز لها منع نفسها فلها السفر بغير إذنه ، ولها النفقة زمن المنع إن صلحت للاستمتاع ، ولو كان معسراً بالصداق ؛ لأن الحبس من قبله .

وإن كان الصداق مؤجلاً ، لم تملك منع نفسها حتى تقبضه ؛ لأنها لا تملك الطلب به . ولو حلّ المهر قبل الدخول ، فليس لها منع نفسها ، كما قال الشافعية ؛ لأن التسليم قد وجب عليها ، فاستقر قبل قبضه ، فلم يكن لها أن تمتنع منه .

---

(١) واستدلوا بحديث : « أول ما يسأل عنه المؤمن من ديونه صداق زوجته » وحديث « من ظلم زوجته في صداقها ، لقي الله تعالى يوم القيامة ، وهو زانٍ » .

وإن تبرعت الزوجة بتسليم نفسها، ثم أرادت الامتناع بعد دخول أو خلوة، لم تملكه؛ لأن التسليم استقر به العوض برضا المسلِّم. فإن امتنعت بعد أن سلمت نفسها، فلا نفقة لها؛ لأنها ناشز.

وبحث الشافعية والحنابلة مسألة هامة: هي أنه لو أبى كل من الزوجين التسليم الواجب عليه، فقال كل منهما: لا أسلم حتى تسلِّم، فالأظهر عند الشافعية أنهما يجبران، فيؤمر الزوج بوضع المهر عند عدل - شخص ثالث محايد - وتؤمر الزوجة بالتمكين، فإذا سلمت أعطاها العدل المهر، لما فيه من فصل الخصومة. وقال الحنابلة: يجبر الزوج على تسليم الصداق، ثم تجبر الزوجة على تسليم نفسها؛ لأن في إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البضع.

والخلاصة: أن الفقهاء اتفقوا على أحقية المرأة بمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض مهرها المعجل، وليس لها الحق بالنسبة للمؤجل. واختلفوا على رأيين في منع نفسها بعد الدخول: فقال أبو حنيفة: لها الحق بالمنع، وقال الجمهور: ليس لها الحق. والخلوة أو التمكين من الوطء كالوطء عند غير الشافعية.

قابض المهر: المرأة الرشيدة هي التي تقبض المهر وتتصرف فيه، لكن أقرت الشريعة عملاً بالعرف والعادة للولي إذا كان أباً أو جداً قبض المهر، ويكون قبضه نافذاً عليها، إلا إذا منعته من القبض. وقد نص القانون السوري (م ٦٠) عليه:

ينفذ على البكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إن كان أباً أو جداً عصبياً، مالم تنه الزوج عن الدفع إليه. ثم عدلت هذه المادة سنة ١٩٧٥ على النحو التالي: المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات، إن كانت كاملة الأهلية، مالم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه.

فإن كانت المرأة غير رشيدة كالصغيرة والمحجور عليها لسفه أو جنون أو غفلة،

فولي مالها يتولى قبض المهر، وولي المال عند الحنفية أحد الستة: الأب ثم وصيه، ثم الجد ثم وصيه، ثم القاضي ثم وصيه.

وقال المالكية[1]: ولي الزوجة المجبر (وهو الأب ووصيه): هو الذي يتولى قبض المهر، فإن لم يكن لها ولي مجبر وكانت رشيدة، فهي التي تتولى قبض مهرها، أو يقبضه لها بتوكيل منه. وإن كانت سفيهة تولى ولي مالها قبض مهرها، فإن لم يكن لها ولي فالقاضي أو نائبه يقبض مهرها.

والظاهر عند الشافعية والحنابلة: أن المرأة الرشيدة هي التي تقبض مهرها، فإن كانت غير رشيدة قبض وليها المهر بالنيابة عنها.

التصرف في المهر: اتفق الفقهاء على أن للمرأة الرشيدة أن تتصرف في مهرها بما تشاء بيعاً أو هبة ونحوهما، وتصرفها نافذ؛ لأن المهر ملكها فتتصرف فيه كما تتصرف في سائر أملاكها.

ثامناً ـ الزيادة أو الحط من المهر:

قد تحدث زيادة في المهر أو حط منه بعد العقد، والمقصود بالزيادة في المهر: أن يضاف إليه شيء بعد تمام العقد. وأما النقص أو الحط من المهر: فهو إنقاص جزء من المهر أو إسقاط كله بعد تمام العقد.

أما الزيادة في المهر:

فقال الحنفية[2]: إذا زاد الزوج الرشيد أو ولي الصغير (الأب أو الجد) على المهر المسمى شيئاً بعد تمام العقد وتراضي الطرفين على المهر، لزمت الزيادة بالوطء أو بالموت عن الزوجة، وتصبح جزءاً من أصل المهر، وتتأكد بالدخول أو الموت،

---

(١) الشرح الصغير: ٤٦٣/٢.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤٦٣/٢ وما بعدها.

وتتنصف عند الجمهور غير الحنفية بالطلاق قبل الدخول كأصل المهر، وتبطل بموت الزوج أو تفليسه قبل قبضها عند المالكية؛ لأنها كالهبة، والهبة تبطل بالموت والإفلاس قبل القبض.

ولا تلزم هذه الزيادة إلا بالشروط الآتية التي أبانها الحنفية وهي أربعة:

١ً - أن يكون الزوج رشيداً: لأن الزيادة على المسمى تبرع، فلا تصح إلا من أهل التبرع.

٢ً - أن تكون الزيادة معلومة القدر: فلو كانت مجهولة، بأن قال: زدت في مهرك، ولم يعين شيئاً، لم تصح الزيادة للجهالة.

٣ً - أن تأتي الزيادة في حال بقاء الزوجية: حقيقة أي أثناء الزواج، أو حكماً أي أثناء العدة من الطلاق الرجعي. وتصح الزيادة أيضاً في رواية عن أبي حنيفة بعد موت الزوجة، أو بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة في الطلاق الرجعي، والظاهر عدم صحة هذه الزيادة.

٤ً - قبول الزوجة الزيادة أو قبول ولي الصغيرة أو المجنونة في المجلس الذي حدثت فيه؛ لأن هذه الزيادة هبة، فلا بد لها من القبول في مجلس الإيجاب.

ويتفق رأي الحنابلة مع رأي الحنفية في أن الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به. وقال الشافعي: لا تلحق الزيادة بالعقد، فإن زادها فهي هبة تفتقر إلى شروط الهبة، وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة؛ لأن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد، فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه، فلا تكون عوضاً في النكاح، كما لو وهبها شيئاً[1].

واستدل الحنابلة بقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد

---

(١) المغني: ٧٤٤/٦.

الفريضة ﴾ ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر، فكان حالة الزيادة كحالة العقد، وبهذا فارق الزواج البيع والإجارة.

وأما الحط من المهر والإبراء عنه:

فرأى الحنفية[1]: أنه يصح للزوجة الرشيدة غير المريضة مرض الموت دون أبيها الحط من المهر كله أو بعضه عن الزوج بعد تمام العقد، سواء قبل أم لا، لكنه يرتد بالرد. أما أبوها فلا يصح الحط منه إذا كانت صغيرة، ويتوقف الحط على إجازتها إن كانت كبيرة، ولا بد من رضاها.

لكن فرق الحنفية بين الإبراء والهبة في الحط من المهر، فقالوا: الإبراء لا يكون إلا في دين ثابت في الذمة كالنقود، والمكيلات والموزونات غير المتعينة؛ لأن الديون تتعلق بالذمة، والتنازل عنها يكون بالإبراء. ولا يشترط لصحته قبول الزواج، وإنما يكفي عدم الرد كهبة الدين ممن عليه الدين، فقد يرد الإبراء دفعاً للمنة؛ لأن الحط من المهر ليس تمليكاً على وجه الهبة الصريحة، وإنما هو إسقاط وإبراء للزوج. أما إذا ورد الإبراء على عين، فلا يسقط شيء من المهر، بل يصير أمانة في يد الزوج، ويسقط عنه الضمان إذا هلك؛ لأن الإبراء ليس من الألفاظ الصريحة في تمليك الأعيان، فيحمل على نفي الضمان.

لكن إذا قصدت الزوجة بالإبراء إعفاء الزوج مما عليه كله أو بعضه، ففي الوقت الحاضر الذي لا يميز فيه الناس بين المصطلحات الفقهية يمكن جعل الإبراء تمليكاً، ويكون حكمه حكم الهبة.

وأما الهبة: فتصح سواء أكان المهر ديناً، أم عيناً كالدار المعينة والحيوان أو الثوب

---

(١) الدر المختار وابن عابدين: ٤٦٤/٢وما بعدها، ٤٧٤.

المعين، وسواء قبل القبض أم بعده. ولا بد حينئذ من قبول الزوج في المجلس، ولا يكتفى بسكوته عن القبول أو الرد.

ورأى المالكية[1]: أنه إذا وهبت المرأة لزوجها جميع صداقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء.

وذهب الشافعية[2] إلى أنه ليس للولي عفو عن صداق موليته، على الجديد، كسائر ديونها، إذ لم يبق للولي بعد العقد عقدة، أي كلام. وإذا أبرأت المرأة زوجها من المهر، ثم طلقها قبل الدخول، لم يرجع عليها بشيء على المذهب، كما قال المالكية في الهبة؛ لأنها لم تأخذ منه مالاً، ولم تتحصل منه على شيء، وهو بخلاف هبة العين، فإنها لو وهبت زوجها المهر المعين كدار معينة أو حيوان معين، رجع عليها بنصف الصداق إذا طلقها قبل الدخول.

وقرر الحنابلة[3]: أنه لا عفو لأب وغيره عن مهر محجورة؛ لأن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج. وإذا عفت المرأة لصاحبها عن مهرها، وهي جائزة التصرف، برئ منه، سواء بلفظ عفوٍ أو بلفظ إسقاط، وصدقة، وترك، وإبراء لمن العين في يده.

ولو أبرأت مفوضة زوجها، ثم طلقت قبل الدخول، رجع بنصف مهر المثل.

هذا .. وقد أخذ القانون السوري بمذهب الحنفية في جواز الزيادة والنقصان من المهر، إذا حدثت الزيادة من الزوج والحط من الزوجة إذا كان كل منهما كامل الأهلية، ويعد ذلك برضا الطرفين ملحقاً بأصل العقد. نصت المادة (٥٧) على ما ذكر بقولها: «للزوج الزيادة في المهر بعد العقد، وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف، ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل الآخر».

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٠٣، بداية المجتهد: ٢٥/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٢٤٠/٣.

(٣) غاية المنتهى: ٦٧/٣.

ثم عدلت هذه المادة سنة ١٩٧٥ على النحو التالي:

«لا يعتد بأي زيادة أو إنقاص من المهر، أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق، وتعتبر باطلة مالم تجر أمام القاضي، ويلتحق أي من هذه التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر».

تاسعاً ـ أحوال وجوب المهر وتأكده وتنصيفه وسقوطه:

وجوب المهر: اتفق الفقهاء[1] على أن المهر يجب بنفس العقد إن كان الزواج صحيحاً، والواجب هو المسمى إن كانت التسمية صحيحة، ومهر المثل إن لم تكن هناك تسمية، أو كانت التسمية فاسدة، أو كان هناك اتفاق على نفي المهر.

وعبر الجمهور غير الحنفية عنه بقولهم: تملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحاً، إلا أن المالكية رأوا أنه على المذهب تملك النصف بالعقد.

وإذا كان عقد الزواج فاسداً، أو الوطء بشبهة كالمزفوفة إليه امرأة غير زوجته، وقال له النساء: إنها زوجتك، وجب المهر أي مهر المثل بالدخول الحقيقي أي الوطء، وجوباً مؤكداً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

تأكد المهر:

اتفق الفقهاء على أنه يتأكد وجوب المهر في العقد الصحيح بالدخول أو الموت، سواء أكان المهر مسمى أم مهر المثل، حتى لا يسقط شيء بعدئذ إلا بالإبراء من صاحب الحق.

واختلفوا في تأكده بأمرين: الخلوة الصحيحة، وإقامة الزوجة سنة بعد الزفاف بلا وطء.

---

(١) البدائع: ٢٨٧/٢ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣٠٠/٢ وما بعدها، المهذب: ٥٧/٢، كشاف القناع: ١٥٦/٥، الشرح الصغير: ٤٤٠/٢وما بعدها.

فقال الحنفية والحنابلة: يتأكد المهر أيضاً بالخلوة الصحيحة، وخالفهم المالكية والشافعية فيه.

وقال المالكية خلافاً لغيرهم وهم الجمهور: يتقرر أي يثبت ويتحقق المهر بإقامة الزوجة سنة بعد الزفاف بلا وطء.

وأضاف الحنابلة أن المهر يتأكد أيضاً بطلاق الفرار قبل الدخول في مرض الموت[1].

وتوضيح الكلام في كل واحد من هذه الأسباب فيما يأتي:

١ً ـ الدخول الحقيقي: هو الوطء أو الاتصال الجنسي ولو كان حراماً في القبل أو في الدبر بتغييب حشفة أو قدرها من مقطوعها، أو في حالة الحيض أو النفاس أو الإحرام أو الصوم أو الاعتكاف. يتأكد به وجوب المهر أو يستقر على الزوج، لاستيفاء مقابله، فقد استوفى الزوج حقه بالدخول، فيتقرر حق الزوجة في المهر جميعه، سواء أكان مسمى في العقد، أم فرض بعده بالتراضي أو بقضاء القاضي، ولقوله عز وجل: ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ وفسر الإفضاء بالجماع.

ويترتب على استقرار المهر بالدخول: أنه لا يسقط شيء منه بعدئذ إلا بالأداء لصاحبه، أو بالإبراء من صاحب الحق.

٢ً ـ موت أحد الزوجين قبل الدخول في نكاح صحيح بالاتفاق، وقبل الخلوة الصحيحة عند الحنفية والحنابلة. فإذا مات أحد الزوجين قبل الوطء في نكاح صحيح، استحقت المرأة المهر كله باتفاق الفقهاء إذا كان النكاح نكاح تسمية، أي كان المهر مسمى في العقد؛ لأن العقد لا ينفسخ بالموت، وإنما ينتهي به، لانتهاء أمده وهو

---

(١) البدائع: ٢٩١/٢ ـ ٢٩٥، الدسوقي مع الشرح الكبير: ٣٠٠/٢ وما بعدها، الشرح الصغير: ٤٣٧/٢، المهذب: ٥٧/٢ ـ ٦٠، كشاف القناع: ١٦٨/٥ وما بعدها، ١٧٤، مغني المحتاج: ٢٢٤/٣ وما بعدها: ٢٢٩ ـ ٢٣١، المغني: ٧١٦/٦، الشرح الصغير: ٤٤٩/٢.

العمر، فتتقرر جميع أحكامه بانتهائه، ومنها المهر. ولإجماع الصحابة على استقرار المهر بالموت.

أما في نكاح التفويض، أي النكاح الذي لم يسم فيه المهر، ومات بعده أحد الزوجين فلا شيء فيه عند المالكية، قياساً للموت على الطلاق، والطلاق قبل الدخول والخلوة وقبل تسمية المهر، لا شيء فيه، فمثله الموت.

وقال الجمهور في الأظهر عند الشافعية: يجب فيه مهر المثل، للحديث السابق أن ابن مسعود قضى في امرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها صداق مثلها، لا وَكْس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث، فقال مَعْقِل بن سنان: «قضى رسول الله ﷺ في بَرْوع بنت واشق مثل ما قضيت»[1]، ولأنه عقد مدته العمر، فبموت أحدهما ينتهي، فيستقر به العوض، كانتهاء الإجارة، ومتى استقر لم يسقط منه شيء بانفساخ النكاح ولا غيره. ولأن الموت يكمل به المهر المسمى، فيكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول.

وهذا الرأي هو الراجح، لقوة أدلته، وعلق الشافعي في الأم القول به على صحة الحديث. وفرق بين الموت والطلاق؛ لأن الموت ينتهي به عقد الزواج، أما الطلاق فيقطع الزواج قبل إتمامه، لذا وجبت العدة بالموت قبل الدخول، ولم تجب بالطلاق، وكمل المسمى بالموت، ولم يكمل بالطلاق.

وهل القتل مثل الموت؟

إذا حدث القتل من أجنبي لأحد الزوجين، أو قتل أحد الزوجين الآخر، أو قتل أحدهما نفسه، فهو كالموت، يستقر به المهر؛ لأن النكاح قد بلغ غايته، فقام الموت مقام استيفاء المنفعة.

---

(١) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وخالف الشافعي وزفر من الحنفية فيما إذا قتلت الزوجة نفسها عمداً، فقالا: لا تستحق شيئاً من المهر؛ لأن قتلها نفسها يشبه ارتدادها عن الإسلام، وبالردة يسقط حقها من المهر.

وأجيب عنه من قبل الجمهور بأن قياس الانتحار على الردة غير صحيح؛ لأن المهر في حال الردة لا يتعلق به حق لغير الزوجة، فيجوز أن يسقط بفعلها، أما في حالة القتل، فإن المهر يتعلق به حق الورثة، فلا يجوز أن يسقط بفعل من جانبها.

وهل تستحق الزوجة المهر بقتل زوجها عمداً قبل الدخول والخلوة أم يسقط؟

للفقهاء رأيان: فقال الحنابلة والحنفية ما عدا زفر: لا يسقط حقها في المهر، بل يتأكد بالقتل كل المهر؛ لأن جزاء القتل العمد شرعاً هو القصاص، ولم يرد دليل بسقوط المهر بهذا القتل.

وقال المالكية والشافعية وزفر: يسقط مهرها بالقتل؛ لأن قتل زوجها جناية، والجنايات لا تؤكد الحقوق، ولأنها بهذه الجناية أنهت الزواج بمعصية، وإنهاء الزواج بمعصية من الزوجة قبل الدخول يسقط المهر كله، كإسقاطه بالردة، ولم يتعلق بالمهر حق لأحد، وهذا هو الراجح لقوة دليله.

٣ـ الخلوة الصحيحة: احترازعن الخلوة الفاسدة، والصحيحة هي: أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يتمكنان فيه من التمتع الكامل، بحيث يأمنان دخول أحد عليهما، وليس بأحدهما مانع طبعي أو حسي أو شرعي يمنع من الاستمتاع[1].

والمانع الطبعي: وجود شخص ثالث عاقل صغير أو كبير، والمانع الحسي: وجود

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٤٦٥/٢.

مرض بأحدهما يمنع الوطء، ومنه الرتق (التلاحم)، والقَرَن (العظم) والعَفَل (غدة).

والمانع الشرعي: كأن يكون أحدهما صائماً في رمضان، أو محرماً بحج أو عمرة فرض أو نفل.

ويتأكد المهر كله للزوجة عند الحنفية والحنابلة: بالخلوة الصحيحة بشروطها المذكورة، فلو طلق الرجل زوجته، وجب لها بالخلوة ولو لم يحصل وطء المسمى كاملاً إن كانت التسمية صحيحة، ومهر المثل كاملاً إن لم تكن هناك تسمية أو كانت التسمية فاسدة.

وقال المالكية، والشافعية في الجديد: لا يتأكد وجوب المهر بالخلوة وحدها، بدون وطء، فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها، وجب نصف المسمى، والمتعة إن لم يكن المهر مسمى.

وسنذكر في المطلب التالي أدلة الرأيين بمشيئة الله تعالى.

٤ً ـ إقامة الزوجة سنة في بيت الزوج بعد الدخول بلا وطء: يتقرر المهر أيضاً عند المالكية إذا تزوج رجل امرأة، وزفت إليه، وأقامت عنده سنة، بلا وطء، بشرط إطاقتها، وبلوغه، واتفاقهما على عدم الوطء؛ لأن الإقامة المذكورة تقوم مقام الوقاع أو الوطء.

ولا يتأكد المهر بها عند الشافعية. ويتقرر المهر بمجرد الخلوة الصحيحة كما بينا عند الحنفية والحنابلة.

٥ً ـ طلاق الفرار في مرض الموت قبل الدخول: يتقرر المهر كاملاً أيضاً عند الحنابلة بطلاق المرأة في مرض موت الزوج المخوف قبل دخوله بها إذا طلقها فراراً من ميراثها، ثم مات، فيتقرر عليه الصداق كاملاً بالموت، لوجوب عدة الوفاة عليها في هذه الحالة، مالم تتزوج أو ترتد.

والخلاصة : يتأكد المهر عند الحنفية بأحد أسباب ثلاثة : الدخول والخلوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين . وعند المالكية بأحد أسباب ثلاثة هي : الدخول ، أي الوطء لمطيقة من بالغ وإن حرم ، وموت أحد الزوجين ، وإقامة سنة بعد الدخول بلا وطء بشرط بلوغه وإطاقتها . وعند الشافعية : يستقر المهر بأحد أمرين : الوطء وإن حرم ، وموت أحد الزوجين ، لا بخلوة في الجديد . وعند الحنابلة : يتقرر المهر بأحد أمور ثلاثة :الدخول ، والموت أو القتل ، والطلاق في مرض موت الزوج قبل الدخول بالزوجة .

تنصيف المهر :

اتفق الفقهاء[1] على وجوب نصف المهر للزوجة بالفرقة قبل الدخول ، سواء عند الشافعية والحنابلة أكانت الفرقة طلاقاً أم فسخاً ، إذا كان المهر مسمى حين العقد ، وكانت التسمية صحيحة والفرقة جاءت من قبل الزواج . من أمثلة الفسخ : الفرقة بسبب الإيلاء أو اللعان ، أو بسبب ردة الزوج ، أو إباء الزوج اعتناق الإسلام بعد إسلام زوجته .

ودليلهم قوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم ﴾ وهذا في الطلاق ، وباقي أنواع الفرق مقيس عليه ؛ لأنه في معناه .

فإن لم يسم المهر في العقد أصلاً كالمفوضة ، أو اتفق الزوجان على الزواج بدون مهر ، أو كانت التسمية غير صحيحة ، وحصلت الفرقة بتراضي الزوجين أو بحكم القاضي وكانت الفرقة قبل الدخول ، وقبل الخلوة عند الحنفية والحنابلة ، لم يجب

(١) البدائع : ٢٩٦/٢ ، الدر المختار : ٤٦٣/٢ ـ ٤٦٤ ، الشرح الصغير : ٤٥٤/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٣١/٣ ، ٢٣٤ ، المهذب : ٥٩/٢ ، كشاف القناع : ١٦٥/٥ ، ١٧١ ، ١٧٦ .

للزوجة شيء من المهر، وإنما تجب لها المتعة؛ لأن النص القرآني السابق إنما ورد بتنصيف أو تشطير المسمى، ووجوب المتعة لقوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء، ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن﴾ وباقي الفرق مقيس على الطلاق؛ لأنه في معناه.

وقال المالكية: إن فسخ النكاح أو رده الزوج بعيب في الزوجة قبل الدخول، لم يجب لها شيء. واختلف هل يجب إذا ردته هي بعيب في الزوج. وقال الحنفية: الفرقة بغير طلاق قبل الدخول والخلوة تسقط المهر كما سنبين.

واختلف الفقهاء **في مسألتين حول التنصيف قبل الدخول**: مسألة تنصيف المفروض بعد العقد، ومسألة الزيادة في المهر بعد العقد.

أما المسألة الأولى- وهي إذا لم يذكر المهر حين العقد، وإنما فرض بعده بالتراضي أو بقضاء القاضي.

فقال الحنفية: لا يتنصف المفروض من المهر بعد العقد، لاختصاص التنصيف بالمفروض في العقد بالنص القرآني المتقدم، بل تجب المتعة فقط للمرأة، فلو حدثت الفرقة قبل الدخول والخلوة، وجب لها المتعة فقط.

وقال الجمهور: يتنصف المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد، فو حصلت الفرقة قبل الدخول، وقبل الخلوة عند الحنابلة، كان للمرأة نصف المفروض لا المتعة.

وأما المسألة الثانية- وهي الزيادة الحادثة من الزوج بعد العقد على المهر المسمى.

فقال الحنفية: تسقط هذه الزيادة عن الزوج، ولا تتنصف قبل الدخول والخلوة.

وقال الجمهور: لا تسقط هذه الزيادة عن الزوج وتتنصف كالمسمى في العقد.

والحاصل: أن الذي يتنصف عند الحنفية هو المسمى في العقد، لا المفروض بعده ولا ما زيد على المفروض بعد العقد، والجمهور على خلافهم في المسألتين. ومنشأ الاختلاف: تفسير المراد من قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾: فرأى الحنفية: أن المقصود منه المفروض وقت العقد، لا غير، عملاً بالمتعارف بين الناس: وهو إطلاق المفروض على المسمى وقت العقد. ورأى الجمهور: أن المقصود منه المفروض مطلقاً، عملاً بمقتضى اللغة؛ لأن الفرض هو التقدير، وهو يشمل كل ما قدر، سواء أكان وقت العقد أم بعده. وهذا هو الراجح؛ لأن كلاً من المفروض وقت العقد أو بعده يسمى مفروضاً في العرف، كما هو مقتضى اللغة.

سقوط المهر كله:

ذكر الحنفية أنه يسقط المهر كله عن الزوج بأحد أربعة أسباب[1]:

١ً - الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة وقبل الخلوة بها: كل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة: تسقط جميع المهر، سواء أكان من قبل المرأة أم من قبل الزوج، كأن ارتدت المرأة عن الإسلام، أو أبت الإسلام وأسلم زوجها، أو اختارت فسخ الزواج لعيب في الزوج. ومثله إذا فسخ ولي المرأة الزواج لعدم كفاءة الزوج، ففي هذه الأحوال التي يتم بها فسخ الزواج قبل الدخول يسقط جميع المهر؛ لأن الفرقة بغير طلاق تكون فسخاً للعقد، وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر؛ لأن فسخ العقد رفعه من الأصل، وجعله كأنه لم يكن.

وقال المالكية[2]: إن فسخ الزوج النكاح أو رده بعيب في الزوجة قبل الدخول، لم يجب لها شيء، فهم يوافقون الحنفية به، ولا شيء لها أيضاً في نكاح التفويض عندهم إذا مات الزوج أو طلق قبل الدخول.

---

(١) البدائع: ٢٩٥/٢ - ٢٩٦.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٠٣، الشرح الصغير: ٤٣٧/٢.

وفصل الشافعية والحنابلة[1] بين ما إذا كانت الفرقة بسبب من الزوجة، وبين ما إذا كانت بسبب من غيرها، فقالوا: الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها تسقط المهر المسمى والمفروض ومهر المثل، كإسلامها بنفسها، أو بالتبعية كإسلام أحد أبويها، أو فسخها الزوج بعيب في الزوجة، أو ردتها أو إرضاعها زوجة للزوج صغيرة.

وأما الفرقة الحاصلة قبل الدخول لا بسبب الزوجة كطلاق وخلع ولو باختيارها كأن فوض الطلاق إليها فطلقت نفسها، أو علق الطلاق بفعلها ففعلت، أو أسلم الزوج أو ارتد أو لاعن أو أرضعت أمه زوجته أو أرضعت أمها له وهو صغير، فلا تسقط المهر، وإنما تشطره، فيثبت لها نصف المهر. أما في حالة الطلاق فلآية: ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ وأما الباقي فبالقياس عليه.

٢ً- الخلع على المهر قبل الدخول أو بعده: إذا خالع الرجل امرأته على مهرها، سقط المهر كله، فإن كان المهر غير مقبوض، سقط عن الزوج، وإن كان مقبوضاً ردته على الزوج. وإن خالعها على مال سوى المهر يلزمها المال، ويبرأ الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالعقد كالمهر والنفقة الماضية في قول أبي حنيفة؛ لأن في الخلع - وإن كان طلاقاً بعوض - معنى البراءة.

٣ً- الإبراء عن كل المهر قبل الدخول أو بعده: يسقط به المهر إذا كانت المرأة من أهل التبرع، وكان المهر ديناً في الذمة: وهو النقود وجميع المكيلات والموزونات إذا لم تكن متعينة مقصودة لذاتها؛ لأن الإبراء إسقاط، والإسقاط ممن هو أهل له في محل قابل له يوجب السقوط.

٤ً- هبة الزوجة كل المهر للزوج: متى كانت أهلاً للتبرع، وقبل الزوج الهبة في المجلس، سواء أكانت الهبة قبل القبض أم بعده.

---

(١) مغني المحتاج: ٢٣٤/٣، كشاف القناع: ١٦٥/٥ - ١٦٧.

وتختلف الهبة عن الإبراء : في أنها ترد على الدين والعين ، أي الثابت في الذمة كالنقود ، أو الذي يتعين بالتعيين كثوب أو حيوان معين . أما الإبراء فلا يرد إلا على الدين .

وكذلك يسقط المهر بالهبة عند المالكية ، لكنهم قالوا : إذا وهبت المرأة لزوجها جميع صداقها ، ثم طلقها قبل الدخول ، لم يرجع عليها بشيء . فإن أراد الدخول بها ، وجب لها أقل المهر وهو ربع دينار أو قيمته ، أما إن وهبته بعد الدخول فلا يلزمه شيء ؛ لأن حقها في المهر قد تقرر بالدخول ثم أسقطته بالهبة[1] .

وقال الشافعية على الصحيح : إن كان المهر عيناً كفرس معينة ، ثم وهبته من الزوج ، ثم طلقها قبل الدخول ، فيرجع عليها بالنصف ؛ لأنه عاد إليه بغير الطلاق ، فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق ، كما لو وهبته لأجنبي ، ثم وهبه الأجنبي منه[2] .

وقال الحنابلة[3] : إذا أبرأت المرأة الزوج من صداقها ، أو وهبته له ، ثم طلقها قبل الدخول ، رجع الزوج عليها بنصفه ؛ لأن عود نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق ، وهو غير الجهة المستحق بها الصداق أولاً ، فهو كما لو أبرأ إنساناً من دين عليه ، ثم استحق عليه مثل ما أبرأه منه بوجه آخر ، فلا يتساقطان بذلك .

وإن أبرأته من نصف الصداق ، أو وهبته نصف الصداق ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، رجع في النصف الباقي ؛ لأنه وجد نصف ما أصدقها بعينه ، فأشبه ما لو لم تهبه له .

وإن قبضت المرأة صداقها ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، رجع بنصف عينه إن كان باقياً بحاله ، لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم ﴾ .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٠٣ .

(٢) المهذب : ٥٩/٢ .

(٣) كشاف القناع : ١٥٧/٥ ، ١٦٣ ، ١٦٧ .

ولو جعل الزوج الخيار لامرأته بطلبها منه، فاختارت نفسها قبل الدخول، فلا مهر لها؛ لأن الفرقة تمت بفعلها، وإن جعل الخيار لها بغير سؤالها وطلبها، لم يسقط الصداق باختيارها نفسها قبل الدخول، بل يتنصف؛ لأنها نائبة عنه، ففعلها كفعله.

سقوط نصف المهر:

قال **الحنفية**[1]: ما يسقط به نصف المهر نوعان:

النوع الأول ـ الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية المهر، والمهر دين لم يقبض بعد، للآية المتقدمة: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض.

النوع الثاني ـ ما يسقط به نصف المهر معنى، والكل صورة: وهو كل طلاق تجب فيه المتعة: وهو كل فرقة جاءت من جهة الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه. كما سنبين في بحث المتعة.

عاشراً ـ تبعة ضمان المهر وحكم هلاكه واستهلاكه واستحقاقه وتعييبه وزيادته:

اتفق الفقهاء على أن تبعة ضمان المهر إذا هلك تكون على من بيده المهر، فإذا هلك قبل القبض ضمنه الزوج، وإذا هلك بعد القبض أو استهلكته المرأة ضمنته هي.

فإن هلك المهر في يد الزوج، بآفة سماوية، ضمن الزوج عند الحنفية والمالكية مثله أو قيمته.

وإن هلك بفعل الزوجة وهو في يد زوجها، أو بآفة سماوية بعد القبض، أصبحت مستوفية له بهذا الهلاك.

---

(١) البدائع: ٢/٢٩٦ ـ ٣٠٣.

وإن هلك بفعل أجنبي، فالمرأة بالخيار بين تضمين الأجنبي وبين تضمين الزوج، ثم يرجع الزوج على الأجنبي بما ضمن.

وإن استحق المهر بأن تبين أنه ليس ملكاً للزوج، فالزوج ضامن له؛ لأنه بالاستحقاق تبين أنه ملك غيره، فترجع بمثله إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً يوم عقد النكاح.

وإن اطلعت الزوجة على عيب قديم فيه، كان لها الخيار بين إمساكه أو رده والرجوع بمثله في المثلي، وبقيمته في القيمي يوم الزواج.

وذكر الحنفية[1]: أن المرأة إذا قبضت المهر، فإن كان دراهم أو دنانير معينة أو غير معينة، أو كان مكيلاً أو موزوناً في الذمة، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعليها رد نصف المقبوض، وليس عليها رد عين ما قبضت؛ لأن عين المقبوض لم يكن واجباً بالعقد، فلا يكون واجباً بالفسخ.

وإن حدث تعيب أو نقصان فاحش في المهر:

أ- فإن كان بفعل أجنبي قبل القبض، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت الشيء الناقص، واتبعت الجاني بالأرش (التعويض عنه)، وإن شاءت تركت وأخذت من الزوج قيمة الشيء يوم العقد، ثم يرجع الزوج على الأجنبي بضمان النقصان وهو الأرش.

ب- وإن كان النقصان بآفة سماوية: فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذته ناقصاً ولا شيء لها غيره، وإن شاءت تركته وأخذت قيمته يوم العقد؛ لأن المهر مضمون على الزوج بالعقد، والأوصاف لا تضمن بالعقد لعدم ورود العقد عليها موصوفاً، فلا تضمن في حقها، وإنما يضمن الأصل لورود العقد عليه.

---

(١) البدائع: ٢٩٨/٢، ٣٠١.

وإنما ثبت لها الخيار لتغير المعقود عليه وهو المهر عما كان عليه.

جـ- وإن كان النقصان بفعل الزوج: ففي ظاهر الرواية إن شاءت أخذته ناقصاً، وأخذت معه أرش النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد.

د- وإن كان النقصان بفعل المرأة: فقد صارت قابضة بالجناية على الشيء، فجعل كأن النقصان حصل في يدها، كالمشتري إذا جنى على المبيع في يد البائع، إنه يصير قابضاً له.

هذا في النقصان الفاحش، وأما في النقصان اليسير فلا خيار لها.

وذكر المالكية[1]: أنه إن تلف الصداق، وكان مما يُغَاب عليه (أي يمكن إخفاؤه ويتطلب الحراسة)، ولم تقم على هلاكه بينة، فيضمنه الذي بيده، فيغرم نصفه لصاحبه إن حدث طلاق قبل الدخول.

وإن لم تقم بينة على هلاكه، فتلف وكان مما لا يُغاب عليه كالبساتين والزرع والحيوان، وطلق الرجل قبل الدخول، فلا رجوع لكل منهما على الآخر، ويحلف من هو بيده أنه ما فرط إن اتهم.

وكذا إن هلك الصداق بعد العقد، كأن مات أو حرق أو سرق أو تلف من غير تفريط أحد من الزوجين، وثبت هلاكه ببينة أو بإقرارهما عليه، سواء أكان مما يغاب عليه أم لا، وسواء أكان بيد الزوج أو الزوجة أو غيرهما، لا رجوع لأحدهما على الآخر.

والحاصل أن الصداق إن تلف في يد أحد الزوجين: فإن كان مما لا يغاب عليه فخسارته على الزوجين، وأما ما يغاب عليه فخسارته على من هو في يده إن لم تقم بينة على هلاكه. فإن قامت بينة على هلاكه، فخسارته عليهما.

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢٩٥/٢، الشرح الصغير: ٤٥٧/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٠٣.

وإن استحق المهر من يد الزوجة : فترجع بمثل المثلي ، وقيمة القيمي ، يوم عقد النكاح .

وإن اطلعت على عيب قديم في المهر ، فلها الخيار بين إمساكه أو رده والرجوع بمثله أو قيمته .

وإن استحق بعض المهر أو تعيب بعضه : فإن كان فيه ضرر بأن كان أزيد من الثلث ، كان لها أن ترد الباقي وتأخذ من الزوج قيمته ، أو تحسب ما بقي ، وترجع بقيمة ما استحق . وأما إن كان المستحق منه الثلث أو الشيء التافه الذي لا ضرر فيه ، فترجع بقيمة ما استحق فقط .

وفصّل الشافعية[1] : إن كان الصداق عيناً كدار معينة أو ثوب أو حيوان معين فتلف في يد الزوج قبل القبض ، ضمنه ضمان عقد لا ضمان يد ؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة ، فأشبه المبيع في يد البائع ، والفرق بين ضماني العقد واليد في الصداق : أنه على الأول يضمن بمهر المثل ، وعلى الثاني يضمن بالبدل الشرعي : وهو المثل إن كان مثلياً ، والقيمة إن كان قيمياً .

وعلى الأول : ليس للمرأة بيعه قبل قبضه كالمبيع ، وعلى الثاني يجوز بيعه . وتصح الإقالة على الأول دون الثاني .

لهذا .. لو تلف الشيء المعين في يد الزوج بآفة سماوية ، وجب مهر المثل على الأول لانفساخ عقد الصداق ، ولا ينفسخ على الثاني .

وإن أتلفت الزوجة المهر ، فتعد قابضة إذا كانت أهلاً ؛ لأنها أتلفت حقها ، وإن كانت غير رشيدة فلا تعد قابضة ؛ لأن قبضها غير معتدّ به .

وإن أتلفه أجنبي ، تخيرت الزوجة على المذهب بين فسخ الصداق وإبقائه ، فإن فسخت الصداق أخذت من الزوج مهر المثل ، وإن لم تفسخه غَرَّمت المتلِف المثل أو القيمة .

---

(١) مغني المحتاج : ٢٢١/٣ وما بعدها ، ٢٣٥ وما بعدها ، المهذب : ٥٧/٢ .

وإن أتلفه الزوج فهو كتلفه بآفة سماوية، يوجب مهر المثل.

وإن تعيب الصداق المعين قبل قبضه بآفة سماوية كالعمى أو قطع يد، تخيرت الزوجة على المذهب بين فسخ الصداق وإبقائه، كما تقدم.

وإن قبضت المرأة الصداق، فوجدت به عيباً، فردته، أو خرج مستحقاً، رجعت على الزوج في المذهب الجديد بمهر المثل.

وإن كان الصداق تعليم الزوج لها سورة من القرآن فتعلمت من غيره، أو لم تتعلم لسوء حفظها، فهو كالصداق المعين إذا تلف، فترجع إلى مهر المثل على الجديد.

والمنافع الفائتة في يد الزوج لا يضمنها، وكذا المنافع التي استوفاها بركوب الدابة التي أصدقها، ولبس الثوب الذي أصدقه، لا يضمنها على المذهب.

وإن طلبت الزوجة من الزوج تسليم المهر، فامتنع منه، ضمن ضمان العقد.

وإن طلق الرجل والمهر تالف بعد قبضه، فعليها نصف بدله له من مثل أو قيمة. وإن تعيب في يدها، فإن قنع بالنصف معيباً، فلا أرش له، كما لو تعيب المبيع في يد البائع، وإن لم يقنع به: فإن كان قيمياً فعليها نصف قيمته، وإن كان مثلياً فعليها مثل نصفه؛ لأنه لا يلزمه الرضا بالمعيب، فله العدول إلى بدله. وإن تعيب بآفة سماوية قبل قبضها له، وقنعت به، فله نصفه ناقصاً بلا أرش ولا خيار. وإن تعيب بفعل أجنبي ضمنت جنايته وأخذت أرشها، والأصح أن له نصف الأرش مع نصف عين المهر.

وقرر الحنابلة[1]: أنه إن أخذت المرأة الصداق، فوجدته معيباً، فلها منع نفسها من الزفاف حتى يبدله، أو يعطيها أرشه؛ لأن صداقها صحيح.

---

(١) المغني: ٧٣٩/٦، ٧٤٩، كشاف القناع: ١٨٢/٥.

وإن سلمت نفسها ثم بان الصداق معيباً، كان لها أيضاً منع نفسها عن الاستمتاع حتى تقبض بدله أو أرشه؛ لأنها إنما سلمت نفسها ظناً منها أنها قبضت صداقها، فتبين عدمه.

وإن كان الصداق مكيلاً أو موزوناً، فنقص في يد الزوج قبل تسليمه إليها، أو كان غير المكيل والموزون، فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه؛ لأنه من ضمانه.

وأما زيادة المهر:

ففيها تفصيل عند الفقهاء، **أما رأي الحنفية**[1] فهو ما يأتي:

١ً - إن كانت الزيادة متولدة من الأصل كالولد والصوف والثمر والزرع، أو في حكم المتولد كالأرش (عوض الجراحة)، فهي مهر، سواء أكانت متصلة بالأصل كالسمن والكبر والجمال، أم منفصلة عنه كالولد ونحوه.

فلو طلقها قبل الدخول بها يتنصف الأصل والزيادة جميعاً بالاتفاق؛ لأن الزيادة تابعة للأصل، لكونها نماء الأصل، والأرش بدل جزء هو مهر، فيقوم مقامه.

٢ً - وأما إن كانت الزيادة غير متولدة من الأصل: فإن كانت متصلة بالأصل كالثوب إذا صبغ، والأرض إذا بني فيها بناء، فإنها تمنع التنصيف، وعليها نصف قيمة الأصل؛ لأن هذه الزيادة ليست بمهر؛ لأنها لم تتولد من المهر، فلا تكون مهراً، فلا تتنصف، ولا يمكن تنصيف الأصل بدون تنصيف الزيادة.

وإن كانت منفصلة عن الأصل كالهبة والكسب، فالزيادة ليست بمهر وهي كلها للمرأة في قول أبي حنيفة ولا تتنصف، ويتنصف الأصل؛ لأن هذه الزيادة ليست بمهر، وإنما هي مال المرأة، فأشبهت سائر أموالها.

وعند الصاحبين: هي مهر، فتتنصف مع الأصل؛ لأن هذه الزيادة تملك بملك

---

(١) البدائع: ٢٩٩/٢ وما بعدها.

الأصل، فكانت تابعة للأصل، فتتنصف مع الأصل، كالزيادة المتولدة من الأصل كالسمن والولد.

هذا إذا كان المهر في يد الزوج، فحدثت فيه الزيادة.

أما إذا كان المهر في يد المرأة قبل الفرقة: فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل، فإنها تمنع التنصيف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وللزوج عليها نصف القيمة يوم سلمه إليها؛ لأن هذه الزيادة لم تكن موجودة عند العقد، ولا عند القبض؛ فلا يكون لها حكم المهر، فلا يمكن فسخ العقد عليها بالطلاق قبل الدخول؛ لأن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه العقد. وقال محمد: لا تمنع التنصيف، ويتنصف الأصل مع الزيادة، لظاهر آية ﴿فنصف ما فرضتم﴾ وليس نصف قيمة المفروض.

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل، فإنها تمنع التنصيف باتفاق أئمة الحنفية الثلاثة، وعليها نصف قيمة الأصل إلى الزوج.

وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، فهي للمرأة خاصة، والأصل بينهما نصفان اتفاقاً.

وإن حدثت الزيادة بعد الطلاق قبل القبض: فالأصل والزيادة بينهما نصفان.

وإن حدثت بعد القبض وبعد القضاء بالنصف للزوج: فكالحالة السابقة هما بينهما نصفان.

وإن كانت الزيادة قبل القضاء بالنصف للزوج: فالمهر في يدها كالمقبوض بعقد فاسد، تكون الزيادة لها؛ لأن الملك كان لها، وقد فسخ ملكها في النصف بالطلاق.

وقال المالكية[1]: ما حدث في الصداق من زيادة ونقصان قبل الدخول:

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٠٣.

فالزيادة للزوجين، والنقصان عليهما، وهما شريكان في ذلك. ومعنى هذا أن الزيادة بعد الدخول للمرأة.

ورأى الشافعية[1]: أن للمرأة زيادة منفصلة حدثت بعد الإصداق، كثمرة وولد وأجرة؛ لأنها حدثت في ملكها.

ولها الخيار في زيادة متصلة، كسمن وتعلم حرفة، فإن لم تسمح بها، فعليها نصف قيمة المهر، بأن يقوَّم بغير زيادة، ويعطى الزوج نصفه، وإن سمحت بها لزمه قبول الزيادة، وليس له طلب بدل النصف؛ لأن حقه مع زيادة لا تتميز، ولا تفرد بالتصرف، بل هي تابعة، فلا تعظم فيها المنة.

وإن زاد المهر ونقص: كطول نخلة بحيث يؤدّي إلى هرمها وقلة ثمرها: فإن اتفق الزوجان على الرجوع بنصف العين، فذاك؛ لأن الحق لا يعدوهما، وإلا فنصف قيمة العين خالية عن الزيادة والنقص؛ لأنه العدل، ولا تجبر هي على دفع نصف العين، للزيادة، ولا هو على قبوله للنقص.

وذهب الحنابلة[2]: إلى أنه يدخل المهر في ملك المرأة بمجرد العقد، فإن زاد فالزيادة لها، وإن نقص فعليها. وإذا كان المهر غنماً فولدت، فالأولاد زيادة منفصلة، تكون لها؛ لأنه نماء ملكها، ويرجع قبل الدخول في نصف الأمهات، إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة؛ لأنه نصف ما فرض لها، وقد قال تعالى: ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم ﴾.

وإن نقصت الأغنام بالولادة أو بغيرها، فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً؛ لأنه راض بدون حقه، وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها؛ لأن ضمان النقص عليها. وهذا موافق للشافعي.

وقال أبو حنيفة كما بينا: لا يرجع في نصف الأصل، وإنما يرجع في نصف القيمة؛

---

(١) مغني المحتاج: ٢٣٦/٣.

(٢) المغني: ٧٤٦/٦ ـ ٧٤٩.

لأنه لا يجوز فسخ العقد في الأصل دون النماء ؛ لأنه موجب العقـد ، فلم يجز رجوعـه في الأصل بدونه .

واستدل الحنابلة : بأن هذا نماء منفصل عن الصـداق ، فلم يمنع رجوع الزوج ، كما لو انفصل قبل القبض . وردوا على دليل أبي حنيفـة بـأن الطلاق ليس برفـع للعقـد ، ولا النماء من موجبات العقد ، إنما هو من موجبـات الملـك ، فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليم المهر إلى الزوجة أو بعده ، إلا أن يكون قد منعهـا قبضـه ، فيكون النقص من ضمانه ، والزيادة لها ، فتنفرد بالأولاد .

وإن نقصت الأمهات خيِّرت المرأة بين أخـذ نصفهـا نـاقصـة ، وبين أخـذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها . وإن أراد الزوج أخـذ نصف قيمـة الأمهات من المرأة ، لم يكن له الأخذ .

وإن كان الصـداق بهيمـة غير حـامل (حـائلاً) ، فحملت ، فـالحمـل فيهـا زيـادة متصلة ، إن بذلتها له بزيادتها لزمـه قبولهـا ، وليس الحمل معـدوداً نقصـاً ، فلا يرد بـه المبيع . وإن اتفقا على تنصيفها جاز .

وإن أصدقها حاملاً ، فولدت فقد أصدقها شيئين : الأم وولدهـا ، وزاد الولـد في ملكها ، فإن طلقها فرضيت ببـذل النصف من الأم والولـد جميعـاً ، أجبر على قبولها ؛ لأنها زيادة غير متميزة ، وإن لم تبذله ، لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيـادتـه ، ولا في نصف الأم لما فيه من التفرقة بين الأم وبين ولدهـا ، ويرجع بنصف قيمـة الأم . وفي نصف الولد وجهان : أحدهما ـ لا يستحق نصف قيمته ، والثاني ـ له نصف قيمته .

وإذا أصدقها أرضاً ، فبنتها داراً ، أو ثوباً فصبغته ، ثم طلقها قبل الدخول ، رجع بنصف قيمته وقت ما أصـدقهـا إلا أن يشـاء أن يعطيهـا نصف قيمـة البنـاء أو الصبغ ، فيكون له النصف ، أو تشاء هي أن تعطيه زائداً ، فلا يكون له غيره .

وإذا أصدقها نخلاً غير مثمر ، فأثمرت في يده ، فالثمرة لها ؛ لأنها نماء ملكها .

الحادي عشر ـ الاختلاف في المهر:

الاختلاف في المهر له أحوال ثلاثة: اختلاف في تسمية المهر، واختلاف في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته، واختلاف في قبض المهر[1].

الحالة الأولى ـ الاختلاف في تسمية المهر وعدم تسميته:

اختلفت آراء الفقهاء في كيفية فصل النزاع في هذا الموضوع، بأن ادعى أحد الزوجين أو الورثة تسمية المهر، وأنكر الآخر، فقال الأول: سمي المهر، وقال الآخر: لم نسم مهراً.

فقال الحنفية: إذا كان الاختلاف في حال حياة الزوجين، حلف منكر التسمية، عملاً بالقاعدة المقررة: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر». فإن نكل عن اليمين ثبتت التسمية، وإن حلف يجب مهر المثل باتفاق أئمة الحنفية، فإن كان الاختلاف بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة باتفاقهم أيضاً.

وكذلك إن وقع الاختلاف بعد موت أحد الزوجين، فهو كالاختلاف في حال حياة الزوجين، فمن كان القول له لو كان حياً يكون القول لورثته، فيحكم بالمسمى إن ثبت، وبمهر المثل إن لم يثبت.

وقال المالكية: إن أقام المدعي البينة على ما يدعيه قضي له بما ادعى، وإن لم يقم البينة، كان القول قول من يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه، فإن ادعى الزوج أنه تزوج المرأة تفويضاً بدون تسمية عند معتادي التفويض، وادعت هي التسمية، فالقول له بيمينه، ولو بعد الدخول أو الموت أو الطلاق، فيلزمه أن

---

(1) البدائع: ٣٠٤/٢ ـ ٣٠٨، فتح القدير: ٤٧٥/٢ ـ ٤٧٩، الدر المختار: ٤٩٦/٢ ـ ٤٩٩، الشرح الصغير: ٤٩١/٢ ـ ٤٩٦، القوانين الفقهية: ص ٢٠٤، بداية المجتهد: ٢٩/٢ ـ ٣١، المهذب: ٦١/٢ ـ ٦٢، مغني المحتاج: ٢٤٢/٣ ـ ٢٤٤، كشاف القناع: ١٧١/٥ ـ ١٧٣، المغني: ٧٠٧/٦ ـ ٧١١.

يفرض لها صداق المثل بعد الدخول، ولا شيء عليه في الطلاق أو الموت قبل الدخول. فإن كان المعتاد هو التسمية فالقول قول المرأة بيمينها، وثبت النكاح.

وقال الحنابلة: إن اختلف الزوجان أو ورثتها أو أحدهما وولي الآخر أو وارثه في تسمية المهر، فقال: لم نسم مهراً، وقالت: سمي لي مهر المثل، فالقول قول الزوج بيمينه في أصوب الروايتين؛ لأنه يدعي ما يوافق الأصل، ولها مهر المثل بالدخول أو الموت، فإن طلق ولم يدخل بها، فلها المتعة؛ لأن القول قوله في عدم التسمية، فهي مفوضة.

أما الشافعية فقالوا: لو ادعت المرأة تسميته، فأنكر زوجها قائلاً: لم تقع تسمية، ولم يدّع تفويضاً، تحالفا في الأصح؛ لأن حاصله الاختلاف في قدر المهر؛ لأنه يقول: الواجب مهر المثل، وهي تدعي زيادة عليه. وبالتحالف: ينتفي بيمين كل واحد منهما دعوى صاحبه، فيبقى العقد بلا تسمية، فيجب حينئذ مهر المثل.

الحالة الثانية ـ الاختلاف في مقدار المهر المسمى:

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى، فقال الزوج: ألف، وقالت الزوجة: ألفان، والخلاف في حال قيام النكاح:

فقال أبو حنيفة ومحمد: القول لمن شهد له مهر المثل بيمينه، وأيها أقام البينة تقبل، فإن أقام الاثنان البينة، قدمت بينتها إن كان مهر المثل شاهداً للزوج؛ لأنها تثبت الزيادة، وتقدم بينته إن كان مهر المثل شاهداً للمرأة؛ لأنها تثبت الحط، والأصل في هذا أن البينة تثبت خلاف الظاهر أي ما ليس بثابت ظاهر. وإن كان مهر المثل بينهما تحالفا، فإن حلفا أو برهنا قضي به، وإن برهن أحدهما قبل برهانه، لأنه أوضح دعواه بإقامة برهانه. والحاصل: أن أبا حنيفة ومحمداً يحكّمان مهر المثل. لكن إذا كان الاختلاف في جنس المهر أو نوعه أو صفته من الجودة والرداءة، فيقضى بقدر قيمته.

وقال أبو يوسف - والعمل جار على رأيه في مصر -: تعتبر الزوجة مدعية؛ لأنها تدعي الزيادة على الزوج، والزوج منكر، فتطبق القاعدة: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر» فتطالب الزوجة بإقامة البينة على ما تدعيه، فإن أقامت البينة على ما ادعت قضي لها به، وإن عجزت عن إقامة البينة وطلبت تحليف الزوج اليمين، وجهت إليه اليمين. فإن امتنع عن الحلف قضي لها بما ادعت، وإن حلف قضي بقدر ما ذكره، إلا أن يأتي بشيء قليل أي ما لا يتعارف مهراً لها، فيقضى حينئذ بمهر المثل. والحاصل: أن أبا يوسف لا يحكم مهر المثل، بل يجعل القول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي بشيء مستنكر أي غير متعارف.

وقال المالكية: إذا تنازع الزوجان في مقدار الصداق: فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا، وبدئت هي باليمين، ويقضى لمن كان قوله أشبه بالمتعارف المعتاد بين أهل بلديهما، ومن نكل منهما عن اليمين قضي عليه مع يمين صاحبه أي حلف الآخر، وقضي له بما ادعاه، ولا يفرق بينهما. وإن لم يكن قول أحدهما يشبه المتعارف تحالفا، فيحلف كل منهما على ما ادعى، ونفي ما ادعاه الآخر؛ لأن كلاً منهما يعتبر مدعى ومدعى عليه، فإن حلفا أو امتنعا معاً عن اليمين، فرّق القاضي بينهما بطلقة.

وإن كان الخلاف بعد الدخول، فالقول قول الزوج مع يمينه.

وقرر الشافعية: أنه إن اختلف الزوجان في قدر المهر أو صفته أو أجله، تحالفا، ويتحالف وارثاهما، أو وارث أحدهما والآخر، ثم يفسخ المهر، ويجب مهر المثل، ولم ينفسخ النكاح.

ورأى الحنابلة: أنه إن اختلف الزوجان في قدر المهر بعد العقد، ولا بيِّنة لأحدهما على مقداره، فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل، فالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر، فالقول قوله. وهذا موافق لرأي أبي حنيفة ومحمد.

الحالة الثالثة ـ الاختلاف في قبض المهر المعجل :

إذا اختلف الزوجان في قبض المعجل من المهر، بأن ادعى الزوج أنه وافاها كل المعجل، وقالت الزوجة : لم تقبض شيئاً منه ، أو قبضت بعضه .

فقال الحنفية : إن كان الخلاف بينهما قبل الدخول ، كان القول للزوجة بيمينها ، وعلى الزوج أن يثبت ما يدعيه بالبينة . وإن كان الخلاف بينهما بعد الدخول ؛ فإن لم يكن هناك عرف بتقديم شيء ، فالقول قول الزوجة بيمينها ، وإن كان هناك عرف فيحكم العرف في النزاع على أصل القبض ، بأن قالت الزوجة : لم تقبض شيئاً ، فإن جرى العرف بتقديم النصف أو الثلثين ، قضي عليها به ، ويكون العرف مكذباً للزوجة في ادعائها عدم قبض شيء من المهر قبل الزفاف . وقد أفتى متأخرو الحنفية[1] بعدم تصديق المرأة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض ؛ لأن العرف جرى بأن المرأة تقبض المعجل قبل الزفاف .

وإن كان النزاع في قبض بعض المعجل ، بأن قالت الزوجة : إنها قبضت بعض مهرها ، وادعى الزوج أنه سلمها كامل المهر، فالقول قول الزوجة بيمينها ؛ لأن الناس يتساهلون عادة في المطالبة بتسليم كل المهر بعد قبض بعضه ، ويتم الزفاف قبل قبضه .

ووافق المالكية الحنفية في حالة الخلاف في قبض المعجل قبل الدخول أي القول قولها ، وأما بعد الدخول : فالقول قوله بعد الدخول بيمينه ، إلا إذا كان هناك عرف فيرجع إليه .

ووافق الشافعية والحنابلة الحنفية بدون تفرقة بين ما قبل الدخول وبعده ،

---

(١) رسائل ابن عابدين : ١٢٦/٢ .

فقالوا : إن اختلف الزوجان في قبض المهر، فادعاه الزوج ، وأنكرت المرأة ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل عدم القبض ، وبقاء المهر.

وإن كان الصداق تعليم سورة ، فادعاه الزوج ، وأنكرت المرأة ، فإن كانت لا تحفظ السورة ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل عدم التعليم . وإن كانت تحفظها ففيه وجهان : أحدهما ـ أن القول قولها ؛ لأن الأصل أنه لم يعلمها . والثاني ـ أن القول قوله ؛ لأن الظاهر أنه لم يعلمها غيره .

والخلاصة : إن اختلف الزوجان في القبض ، فقالت الزوجة : لم أقبض ، وقال الزوج : قد قبضت ، فقال الجمهور (الشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور) القول قول المرأة . وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول . وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك ؛ لأن العرف بالمدينة كان عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق . فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف ، كان القول قولها أبداً ، والقول بأن القول قولها أبداً أحسن ؛ لأنها مدعى عليها . ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج .

وإن اختلف الزوجان فيما يرسله الرجل إلى زوجته ، فادعى أنه المهر، وادعت المرأة أنه هدية ، فالقول قوله بيمينه ، والبينة لها عند الحنفية والشافعية .

الثاني عشر ـ الملزم بالجهاز والاختلاف فيه :

الجهاز: هو أثاث المنزل وفراشه وأدوات بيت الزوجية ، وهناك رأيان للفقهاء في الملزم بالجهاز:

فقال المالكية[1] : الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر، فإن لم تقبض شيئاً فلا تلزم بشيء إلا إذا اشترط الزوج التجهيز عليها ، أو كان العرف يلزمها

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي : ٤٥٨/٢ وما بعدها .

به. ودليلهم أن العرف جرى على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية وتجهزه بما يحتاج إليه، وإن الزوج إنما يدفع المهر لهذا الغرض. ويلزمها أن تتجهز بالمهر على العادة من حضر أو بدو، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه إلا لشرط أو عرف.

وخالفهم الحنفية[1]: فرأوا أن الجهاز واجب على الزوج، كما يجب عليه النفقة وكسوة المرأة، والمهر المدفوع ليس في مقابلة الجهاز، وإنما هو عطاء ونحلة كما سماه الله في كتابه، أو هو في مقابلة حل التمتع بها، فهو حق على الزوج لزوجته.

لكن إن دفع الزوج مقداراً من المال في مقابلة الجهاز:

فإن كان المال زائداً على المهر مستقلاً عنه، فتلزم الزوجة بإعداد الجهاز لأنه كالهبة بشرط العوض.

وأما إن كان المال غير مستقل عن المهر، بأن سمى مهراً زائداً على مهر المثل، فالصحيح كما قال ابن عابدين أن الزوجة لا يلزمها شيء من الجهاز؛ لأن الزيادة متى جعلت من ضمن المهر، التحقت به، وصار كله حقاً خالصاً للزوجة، فلا تطالب بإنفاق شيء منه في الجهاز جبراً عنها.

وأما الاختلاف في الجهاز أو متاع البيت: وهو المفروشات والأواني وغيرها، فالمقرر فيه لدى **المالكية**[2]:

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فادعى كل واحد منهم أنه له، ولا بينة لهما ولا لأحدهما، فما كان من متاع النساء كالحلي والغزل وثياب النساء وخمرهن، حكم به للمرأة مع يمينها. وما كان من متاع الرجال كالسلاح والكتب وثياب الرجال، حكم به

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥٠٥/٢ وما بعدها، و ٨٩٨.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢١٣، الشرح الصغير: ٤٩٦/٢ - ٤٩٨.

للرجل مع يمينه ، وما كان يصلح لهما جميعاً كالدنانير والدراهم ، فهو للرجل مع يمينه . وقال سحنون : ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين .

ووافق أبو حنيفة ومحمد[1] المالكية فقالا : ما كان يصلح للرجال كالعمامة والقلنسوة والسلاح وغيرها ، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه ؛ لأن الظاهر شاهد له ؛ وما يصلح للنساء مثل الخمار والملحفة والمغزل ونحوها ، فالقول فيه قول الزوجة مع يمينها ؛ لأن الظاهر شاهد لها . وما يصلح لهما جميعاً كالدراهم والدنانير والعروض والبسط والحبوب ونحوها ، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه ؛ لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة ؛ لأن يده يد تصرف في المتاع ، وأما يد المرأة فهي للحفظ فقط ، و يد التصرف أقوى من يد الحفظ .

وقال أبو يوسف : يكون القول قول الزوجة مع يمينها في مقدار ما يجهز به مثلها عادة ، والقول قول الزوج في الباقي ؛ لأن الغالب ألا تزف الزوجة إلى زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فيكون الظاهر شاهداً للمرأة في مقدار جهاز مثلها ، فيكون القول قولها في هذا المقدار ، وما زاد عنه ، يكون القول فيه للزوج مع يمينه ؛ لأن الظاهر يشهد له فيه .

وهذا الرأي يتفق مع عرف البلاد التي تجهز فيه الزوجة بيت الزوجية .

ونقل الكاساني عن مالك والشافعي : أن كل المتاع بين الزوجين نصفان .

وإذا مات الزوجان ، فاختلف ورثتها ، فالحكم حينئذ كالحكم عند اختلاف الزوجين ، ففي قول أبي حنيفة ومحمد : القول قول ورثة الزوج . وفي قول أبي يوسف : القول قول ورثة المرأة في مقدار جهاز مثلها ، وقول ورثة الزوج في الباقي ؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث ، فصار كأن المورثين اختلفا بأنفسها وهما حيان .

---

(١) البدائع : ٣٠٨/٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ٥٠٤/٢ .

وإن مات أحد الزوجين، واختلف الآخر الحي وورثة الميت، فالحكم لا يختلف في رأي أبي يوسف ومحمد ومالك، ففي رأي أبي يوسف: القول للزوجة إن كانت موجودة، ولورثتها إن كانت ميتة، بقدر جهاز مثلها، والزائد عنه يكون القول فيه للزوج أو لورثته. وفي رأي مالك ومحمد: يكون القول للزوج بيمينه إن كان موجوداً، ولورثته بعد موته.

وأما رأي أبي حنيفة: فهو أن القول يكون للحي من الزوجين مع يمينه، فإن كان الزوج كان القول قوله مع يمينه؛ لأن يده على ما في البيت أقوى من يد المرأة. وإن كانت الزوجة فالقول لها مع يمينها؛ لأن يدها كانت ضعيفة حال حياة الزوج، وصارت قوية بعد موت الزوج، فكان الظاهر شاهداً لها.

الثالث عشر ـ ميراث الصداق وهبته:

قال المالكية[1]: المهر حق خالص للمرأة، فلها أن تهبه لزوجها أو لأجنبي، ويرثه عنها ورثتها. وتفصيله ما يأتي:

إن طلقت المرأة قبل الدخول بها حسب ما أنفقته على نفسها من المهر مما يخصها من النصف.

ولو ادعى الأب أو غيره أن بعض الجهاز له، وخالفته البنت أو الزوج، قُبلت دعوى الأب أو وصيه فقط في إعارته لها إن كانت دعواه في السنة التي حدث فيها الدخول من يوم الدخول، وكانت البنت بكراً، أو ثيباً هي في ولايته، أما الثيب التي ليست في ولايته، فلا تقبل دعواه في إعارته بعض الجهاز لها.

وأما إن ادعى الأب ذلك بعد مضي سنة من الدخول، فلا تقبل دعواه إلا أن

(١) الشرح الصغير: ٤٥٩/٢ ـ ٤٦٣.

يشهد على أن الشيء عارية عند ابنته عند الدخول أو في وقت قريب منه .

ولو جهز رجل ابنته بشيء زائد عن صداقها ، ومات قبل الدخول أو بعده ، اختصت به البنت عن بقية الورثة إن نقل الجهاز لبيتها أو أشهد لها الأب بذلك قبل موته ، أو أشتراه الأب لها ووضعه عند غيره كأمها أو عندها هي .

وإن وهبت امرأة رشيدة صداقها للزوج قبل قبضه منه ، جبر الزوج على دفع أقل المهر لها وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو بقدر قيمتها ، لئلا يخلو النكاح من صداق .

ويجوز للمرأة الرشيدة أن تهب للزوج جميع الصداق الذي تقرر به النكاح ؛ لأنها ملكته ، وتقرر بالوطء ، سواء قبضته منه أم لم تقبضه ، لقوله تعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً ، فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ .

وإن وهبت المرأة الرشيدة الصداق ، أو أعطته مالاً من عندها بقصد دوام العِشْرة واستمرارها معه ، ففسخ النكاح لفساده ، أو طلقها قبل تمام سنتين ، رجعت عليه بما وهبته من الصداق ، وبما أعطته من مالها ، لعدم تمام غرضها .

وإذا كان الصداق حيواناً أو ثمرة فللزوجة أن ترجع على زوجها بما أنفقت عليهما ، إن فسخ النكاح قبل الدخول ، وترجع بنصف ما أنفقت عليهما إن حدث طلاق قبل الدخول في زواج صحيح .

وإن أعطت سفيهة غير رشيدة مالاً لرجل ليتزوجها به ، صح الزواج ولم يفسخ ، وعليه أن يعطيها من ماله مثل ما أعطته ، إن كان مثل مهرها فأكثر ، فإن كان أقل من مهر مثلها ، أعطاها من ماله قدر مهر مثلها .

المبحث الثاني ـ المتعة :

معناها ، حكمها ، مقدارها[1] .

معنى المتعة : المتعة مشتقة من المتاع : وهو ما يستمتع به ، وتطلق على أربعة معان :

أحدها ـ متعة الحج ، وقد ذكرت في الحج .

الثاني ـ النكاح إلى أجل .

الثالث ـ متعة المطلقات ، وهي محل البحث هنا .

الرابع ـ إمتاع المرأة زوجها في مالها على ما جرت به العادة في بعض البلاد ، قال المالكية : فإن كان شرطاً في العقد لم يجز ، وإن كان تطوعاً بعد تمام العقد جاز .

والمتعة المرادة هنا : هي الكسوة أو المال الذي يعطيه الزوج للمطلقة زيادة على الصداق أو بدلاً عنه كما في المفوضة ، لتطييب نفسها ، ويعوضها عن ألم الفراق . وعرفها الشافعية : بأنها مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه ، بشروط تأتي .

وعرفها المالكية : بأنها الإحسان إلى المطلقات حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة .

حكم المتعة :

للفقهاء آراء في حكم المتعة .

أما الحنفية فقالوا : قد تكون المتعة واجبة ، وقد تكون مستحبة . فتجب المتعة في نوعين من الطلاق .

---

(١) البدائع : ٣٠٢/٢ ـ ٣٠٤ ، الدر المختار : ٤٦١/٢ ـ ٤٦٢ ، اللباب : ١٧/٣ ، فتح القدير : ٤٤٨/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢١٠ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، مغني المحتاج : ٢٤١/٣ وما بعدها ، المهذب : ٦٣/٢ ، كشاف القناع : ١٧٦/٥ وما بعدها ، المغني : ٧١٢/٦ ـ ٧١٧ ، غاية المنتهى : ٧٣/٣ .

١ً ـ طلاق المفوضة قبل الدخول، أو المسمى لها مهراً تسمية فاسدة: أي الطلاق الذي يكون قبل الدخول والخلوة في نكاح لا تسمية فيه، ولا فرض بعده، أو كانت التسمية فيه فاسدة، وهذا متفق عليه عند الجمهور غير المالكية، لقوله تعالى: ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن، أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن ﴾ أمر بالمتعة، والأمر يقتضي الوجوب، وتأكد في آخر الآية بقوله: ﴿ حقاً على المحسنين ﴾ ولأن المتعة في هذه الحالة بدل عن نصف المهر، ونصف المهر واجب، وبدل الواجب واجب؛ لأنه يقوم مقامه، كالتيمم بدلاً عن الوضوء.

٢ً ـ الطلاق الذي يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر، وإنما فرض بعده، في رأي أبي حنيفة ومحمد، لقوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها، فمتعوهن ﴾ والآية السابقة ﴿ ومتعوهن ﴾ فالآية الأولى أوجبت المتعة في كل المطلقات قبل الدخول، ثم خصت منه من سمي لها مهر، فبقيت المطلقة التي لم يسم لها مهر، والآية الثانية أوجبت المتعة لمن لم يفرض لها فريضة، وهو منصرف إلى الفرض في العقد.

ورأى أبو يوسف والشافعي وأحمد: أنه يجب للمطلقة قبل الدخول التي فرض لها مهر، سواء أكان الفرض في العقد أم بعده؛ لأن الفرض بعد العقد كالفرض في العقد، وبما أن المفروض في العقد يتنصف فكذا المفروض بعده.

وتستحب المتعة عند الحنفية في حالة الطلاق بعد الدخول، والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية؛ لأن المتعة إنما وجبت بدلاً عن نصف المهر، فإذا استحقت المسمى أو مهر المثل بعد الدخول، فلا داعي للمتعة.

وأوجب **الشافعية** المتعة في الطلاق بعد الدخول، لقوله تعالى: ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين ﴾.

والخلاصة : تستحب المتعة عند الحنفية لكل مطلقة إلا لمفوضة : وهي من زوجت بلا مهر، وطلقت قبل الدخول، أو من سمي لها مهر تسمية فاسدة أو سمي بعد العقد.

ومذهب المالكية : أن المتعة مستحبة لكل مطلقة، لقوله تعالى: ﴿ حقاً على المتقين ﴾ وقوله : ﴿ حقاً على المحسنين ﴾ فإنه سبحانه قيد الأمر بها بالتقوى والإحسان، والواجبات لا تتقيد بها.

وقالوا : المطلقات ثلاثة أقسام : مطلقة قبل الدخول وقبل التسمية (المفوضة) فلها المتعة وليس لها شيء من الصداق. ومطلقة قبل الدخول وبعد التسمية، فلا متعة لها. ومطلَّقة بعد الدخول، سواء أكانت قبل التسمية أم بعدها، فلها المتعة. ولا متعة في كل فراق تختاره المرأة، كامرأة المجنون والمجذوم والعنين، ولا في الفراق بالفسخ، ولا المختلعة، ولا الملاعنة.

ومذهب الشافعية عكس المالكية تماماً : المتعة واجبة لكل مطلقة، سواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده، إلا لمطلقة قبل الدخول سمي لها مهر فإنه يكتفى لها بنصف المهر، فتجب لمطلقة قبل دخول إن لم يجب شطر مهر، وتجب أيضاً في الأظهر لمدخول بها، ولكل فُرْقة لا بسبب الزوجة كطلاق، بأن كانت الفرقة بسبب الزوج كردته ولعانه وإسلامه. أما من وجب لها شطر مهر فلها ذلك، وأما المفوضة ولم يفرض لها شيء فلها المتعة. وعبارتهم بإيجاز[1] : لكل مفارقة متعة إلا التي فرض لها مهر، وفورقت قبل الدخول، أو كانت الفرقة بسببها، أو بملكه لها، أو بموت، وفرقة اللعان بسببه، والعنة بسببها.

ودليلهم قوله تعالى: ﴿ ومتعوهن ﴾ وقوله ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف ﴾

---

(١) تحفة الطلاب للأنصاري : ص ٢٣١ .

فإنه أوجب المتعة لكل مطلقة، سواء أكانت مدخولاً بها أم لا، سمي لها مهر أم لا. ويؤكده تمتيع زوجات النبي ﷺ وكن مدخولاً بهن، في قوله تعالى: ﴿قل لأزواجك: إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها، فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾. أما إذا فرض للمرأة في التفويض شيء فلا متعة لها؛ لأن الزوج لم يستوف منفعة بضعها، فيكفي شطر مهرها لما لحقها بالطلاق من الاستيحاش والابتذال.

ومذهب الحنابلة موافق لمذهب الحنفية في الجملة: المتعة تجب على كل زوج حر وعبد، مسلم وذمي، لكل زوجة مفوضة، طلقت قبل الدخول، وقبل أن يفرض لها مهر، للآية المتقدمة ﴿ومتعوهن﴾ ولا يعارضه قوله ﴿حقاً على المحسنين﴾ لأن أداء الواجب من الإحسان، فليس للمفوضة إلا المتعة.

وتستحب المتعة عندهم لكل مطلقة غير المفوضة التي لم يفرض لها مهر، لقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف﴾ ولم تجب؛ لأنه تعالى قسم المطلقات قسمين، وأوجب المتعة لغير المفروض لهن، ونصف المسمى للمفروض لهن، وهو يدل على اختصاص كل قسم بحكمه.

ولا متعة للمتوفى عنها؛ لأن النص لم يتناولها، وإنما تناول المطلقات.

وتسقط المتعة في كل موضع يسقط فيه كل المهر، كردتها وإرضاعها من ينفسخ به نكاحها ونحوه؛ لأنها أقيمت مقام نصف المسمى، فسقطت في كل موضع يسقط فيه.

وتجب المتعة للمفوضة في كل موضع يتنصف فيه المسمى، كردته قياساً على الطلاق. ولا تجب المتعة فيما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبل المرأة؛ لأن المتعة أقيمت مقام نصف المسمى، فسقطت في موضع يسقط.

ومن وجب لها نصف المهر، لم تجب لها متعة، سواء أكانت ممن سمي لها صداق، أم لم يسم لها، لكن فرض بعد العقد. وهذا موافق للجمهور غير أبي حنيفة ومحمد، كما بينا.

ولا متعة للمسمى لها مهراً بعد الدخول أو المفوضة أو المفروض لها بعد الدخول، لكن يستحب لها لمتعة، وتستحب أيضاً لمن سمي لها صداق فاسد كالخمر والمجهول وطلقت قبل الدخول.

والخلاصة: أن الشافعية أوجبوا المتعة إلا للمطلقة قبل الدخول، التي سُمي لها المهر، والجمهور استحبوا المتعة، لكن المالكية استحبوها لكل مطلقة، والحنفية والحنابلة استحبوها لكل مطلقة إلا المفوضة التي زوجت بلا مهر. والظاهر رجحان مذهب الشافعية لقوة أدلتهم، ولتطييب خاطر المرأة، وتخفيف ألم الفراق، ولإيجاد باعث على العودة إلى الزوجية إن لم تكن البينونة كبرى.

مقدار المتعة ونوعها:

لم يرد نص في تقدير المتعة ونوعها، فاجتهد الفقهاء في مقدارها.

فقرر الحنفية: أنها ثلاثة أثواب: دِرْع (ما تلبسه المرأة فوق القميص) وخمار (ما تغطي به المرأة رأسها) ومِلْحفة (ما تلتحف به المرأة من رأسها إلى قدمها)، لقوله تعالى: ﴿ متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ﴾ والمتاع: اسم للعروض في العرف، ولأن لإيجاب الأثواب نظيراً في أصول الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام الزوجية وأثناء العدة، وأدنى ما تكتسي به المرأة وتستتر به عند الخروج: ثلاثة أثواب.

ولا تزيد هذه الأثواب عن نصف مهر المثل لو كان الزوج غنياً، لأنها بدل عنه، ولا تنقص عن خمسة دراهم لو كان الزوج فقيراً. والمفتى به أن المتعة تعتبر بحال الزوجين كالنفقة، فإن كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب، وإن كانا فقيرين فالأدنى، وإن كانا مختلفين فالوسط.

وقال الشافعية: يستحب ألا تنقص المتعة عن ثلاثين درهماً أو ما قيمته ذلك، وهذا أدنى المستحب، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب. ويسن ألا تبلغ نصف مهر المثل، فإن بلغته أو جاوزته جاز لإطلاق الآية: ﴿ ومتعوهن ﴾.

فإن تنازع الزوجان في قدرها، قدَّرها القاضي باجتهاده بحسب ما يليق بالحال، معتبراً حال الزوجين كما قال الحنفية، من يسار وإعسار ونسب وصفات، لقوله تعالى: ﴿ ومتعوهن، على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره ﴾ ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف ﴾.

وذهب المالكية والحنابلة: إلى أن المتعة معتبرة بحال الزوج يساراً وإعساراً، على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره، للآية السابقة المصرحة بكون المتعة على حسب حال الزوج، فأعلاها خادم أي قيمة خادم في زمنهم إذا كان موسراً، وأدناها إذا كان فقيراً: كسوة كاملة تجزيها في صلاتها أي أقل الكسوة، وهي درع وخمار، أو نحو ذلك، أي أن أقلها ثلاثة أثواب كما قال الحنفية: درع (قميص) وخمار يستر رأسها، وملاءة. لقول ابن عباس: «أعلى المتعة خادم، ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة». والظاهر رجحان هذا القول.

وقد نص القانون السوري على بعض أحكام المتعة في المادة (٦١/٢): «إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة، فعندئذ تجب المتعة» وفي المادة (٦٢): «المتعة: هي كسوة مثل كسوة المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر فيها حال الزوج على ألا تزيد على نصف مهر المثل».

المبحث الثالث ـ الخلوة الصحيحة وأحكامها:

معناها، آراء الفقهاء فيها، أحكامها[1]:

معنى الخلوة: الخلوة الصحيحة: هي أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج الصحيح في مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما كدار أو بيت مغلق الباب.

---

(١) البدائع: ٢٩١/٢ ـ ٢٩٤، الدر المختار: ٤٥٤/٢، ٤٦٥ ـ ٤٧٣، الشرح الكبير: ٣٠١/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٠٢، مغني المحتاج: ٢٢٥/٣، كشاف القناع: ١٥٥/٥، ١٧٩، المغني: ٤٥٥/٦ وما بعدها، غاية المنتهى: ٦٩/٣.

فإن كان الاجتماع في شارع أو طريق أو مسجد أو حمام عام أو سطح لا ساتر له أو في بيت مفتوح الباب والنوافذ أو في بستان لا باب له، فلا تتحقق الخلوة الصحيحة. ويشترط فيها ألا يكون بأحد الزوجين مانع طبعي أو حسي أو شرعي يمنع من الوطء أو الاتصال الجنسي.

والمانع الحسي: مثل مرض بأحد الزوجين يمنع الوطء من رتَق (تلاحم)، وقرَن (عظم)، وعفَل (غدة)، أما خلوة الخصي (مسلوب الخصية) والعنين (العاجز عن الجماع) فهي صحيحة، وأما خلوة المجبوب فهي صحيحة عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين.

والمانع الطبعي: ما يمنع النفس بطبيعتها عن الجماع، مثل وجود شخص ثالث عاقل، ولو كان أعمى أو نائماً أو صبياً مميزاً أو زوجة أخرى. فإن كان هناك غير مميز أو مجنون أو مغمى عليه، فالخلوة صحيحة.

والمانع الشرعي: أن يكون هناك ما يحرم الوطء شرعاً كالصوم في رمضان، والإحرام بحج أو عمرة، والاعتكاف، والحيض والنفاس، والدخول في صلاة الفريضة، والخلوة في المسجد؛ لأن الجماع في المسجد حرام.

وأما عدم معرفة الرجل للمرأة فقال فيه ابن عابدين: إن هذا المانع بيده إزالته، بأن يخبرها أنه زوجها، فلما جاء التقصير من جهته، يحكم بصحة الخلوة، فيلزم المهر.

فإن لم تتوافر هذه الشروط فالخلوة فاسدة، بأن يكون الزواج فاسداً، أو الخلوة في مكان يمكن لأحد الناس الدخول عليهما (عدم صلاحية المكان)، أو وجود مانع من الجماع. وبه يكون معنى الخلوة الفاسدة: هي كل خلوة وجد فيها مانع من الموانع الثلاثة السابقة، أو وجود شخص ثالث عاقل مع الزوجين، أو عدم صلاحية المكان، أو فساد الزواج.

آراء الفقهاء في أحكام الخلوة :

للفقهاء رأيان في الخلوة، **فمذهب المالكية والشافعية في الجديد** : الخلوة وحدها بدون جماع وإرخاء الستور لا تؤكد المهر للزوجة، فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها، وجب فقط نصف المهر المسمى، أو المتعة إن لم يكن المهر مسمى، علماً بأن المتعة عند المالكية مستحبة لا واجبة.

ودليلهم قوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم ﴾ المس : كناية عن الاتصال الجنسي، وفسروا آية ﴿ وقد أفضى بعضكم إلى بعض ﴾ بأن الإفضاء معناه الجماع.

ولأن النبي ﷺ جعل المهر للمرأة بما استحل من فرجها أي أصابها.

لكن **قال المالكية** : للخلوة الصحيحة حكمان :

أولهما - وجوب العدة على المرأة، حتى ولو اتفق الزوجان على عدم وقوع الوطء فيها؛ لأن العدة حق الله تعالى، فلا تسقط باتفاق الزوجين على نفي الوطء، مع اعترافهما بالخلوة.

ثانيهما - صيرورتها قرينة على الوطء عند اختلاف الزوجين في حدوثه : فإذا اختلى الرجل بزوجته خلوة اهتداء، وهي المعروفة عندهم بإرخاء الستور: وهي أن يسكن كل واحد من الزوجين للآخر، ويطمئن إليه. ثم طلقها، واختلفا في حصول الوطء، صدقت الزوجة بيمينها فيما تدعيه. فإن امتنعت عن اليمين حلف الزوج، ولزمه نصف الصداق. وإن نكل عن اليمين، لزمه جميع الصداق؛ لأن الخلوة بمنزلة شاهد، والنكول عن اليمين بمنزلة شاهد آخر.

ومذهب الحنفية والحنابلة : الخلوة كالوطء في تكميل مهر، ولزوم عدة، وثبوت نسب، وتحريم أخت، وأربع سواها حتى تنقضي عدتها. ويعد اللمس

والتقبيل بشهوة عند الحنابلة كالدخول أيضاً . وعليه يكون الطلاق بعد الخلوة الصحيحة طلاقاً بائناً ، تترتب عليه الأحكام التالية :

١ ـ ثبوت كامل المهر : فلو طلقها بعد الخلوة الصحيحة ، استحقت كل المهر المسمى ، ومهر المثل إن لم تكن التسمية صحيحة .

٢ ـ ثبوت النسب : فلو طلقها بعد الخلوة الصحيحة ، وجاءت بولد ثبت نسبه منه إن جاءت به لأكثر من ستة أشهر بعد الخلوة .

٣ ـ وجوب العدة : فإذا طلقها بعد الخلوة ولو كانت فاسدة عند الحنفية ، وجب عليها العدة المقررة بعد الدخول والفرقة .

٤ ـ لزوم نفقة العدة على الزوج المطلق : وهي الطعام والسكنى والكسوة .

٥ ـ حرمة التزوج بامرأة محرم لها أو بأربع سواها مادامت في العدة ، أو التزوج بخامسة في عدتها إذا كانت رابعة ، كما يحرم الزواج خلال العدة من طلاق بعد الدخول .

٦ ـ تطليقها في الطهر : إذا أراد الزوج طلاق الزوجة بعد الخلوة الصحيحة ، لزمه مراعاة وقت الطلاق ، وهو كونه في طهر ، كالمقرر في الطلاق السني بعد الدخول .

والخلاصة : أن ثبوت المهر والعدة من أحكام الخلوة المحضة ، وأما ثبوت النسب فهو عند الحنفية من أحكام العقد مطلقاً ، وأما بقية الأحكام فهي من آثار العدة .

ولا تكون الخلوة كالوطء أو الدخول فيما يأتي :

١ ـ الإحصان : فالخلوة الصحيحة لا تجعل الزوجين محصنين لإقامة حد الرجم ، وإنما لا بد من الدخول .

٢ ـ الغسل : لا يجب الغسل على أحد الزوجين بمجرد الخلوة ، بخلاف الوطء .

٣ـ حرمة البنت: الخلوة لا تحرم البنت على الزوج، وله أن يتزوجها بعد طلاق أمها، وإنما لا بد من الدخول الحقيقي بالأم لتحريم ابنتها على الزوج.

٤ـ التحليل: الخلوة الصحيحة مع الزوج الثاني لا تحل المرأة لزوجها الأول، وإنما لا بد من الدخول الحقيقي (ذوق العسيلة) ثم طلاقها.

٥ـ حصول الرجعة: الخلوة بالمطلقة لا تكون رجعة، فمن طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم اختلى بها من غير أن يرجع بالقول، أو بالفعل كوطء وتقبيل. لا يكون بالخلوة مراجعاً لها، أما الدخول فإنه يحقق المراجعة.

٦ـ العودة للزوجية بدون عقد جديد: الطلاق بعد الخلوة يكون بائناً. فلا تعاد إلى المطلق إلا بعقد ومهر جديدين. أما الطلاق بعد الدخول فيقع رجعياً إذا لم يكمل الثلاث، فيمكن للرجل مراجعة امرأته من غير عقد جديد.

٧ـ الميراث: يقع الطلاق بائناً بعد الخلوة. فإذا مات أحد الزوجين في أثناء العدة من هذا الطلاق فلا يرثه الآخر، إذ لا ميراث في الموت في عدة الطلاق البائن. أما إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً غير مكمل للثلاث، ومات أحدهما في عدة هذا الطلاق، فإن الآخر يرثه: لأن الطلاق حينئذ رجعي، والموت في عدة الطلاق الرجعي كالموت حال قيام الزوجية.

٨ـ تزوجها كالأبكار على المختار عند الحنفية: فمن طلق امرأته بعد الخلوة، فحكمها في الزواج كحكم الأبكار؛ لأنها بكر في الحقيقة. أما المدخول بها حقيقة فيكون تزوجها بغير الزوج الأول بعد الفراق كتزوج الثيبات.

ويلاحظ ما يأتي:

أـ إن أحكام الخلوة المذكورة لا تثبت إلا إذا كان عقد الزواج صحيحاً، فإن كان فاسداً فلا يثبت للخلوة بعده شيء من تلك الأحكام.

ب ـ والعدة في المعتمد في المذهب الحنفي قد تجب في بعض حالات الخلوة الفاسدة: وهي التي يكون فسادها لمانع طبعي أو شرعي؛ لأن الوطء ممكن في ذاته، بخلاف حالة المانع الحسي.

جـ ـ تجب العدة في الخلوة في القضاء فقط، لا في الديانة، أما العدة بعد الدخول الحقيقي فتجب قضاء وديانة.

أدلة الحنفية والحنابلة:

استدل هؤلاء على جعل الخلوة بمثابة الدخول بما يأتي:

١ً ـ قوله تعالى: ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج، وآتيتم إحداهن قنطاراً، فلا تأخذوا منه شيئاً، أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً. وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ﴾ نهى الشرع عن أخذ شيء من المهر بعد الإفضاء، والإفضاء ـ كما قال الفراء ـ هو الخلوة، سواء دخل بها أم لم يدخل.

٢ً ـ الحديث النبوي: «من كشف خمار امرأته، ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل»[(١)] وهو ظاهر الدلالة على المطلوب.

٣ً ـ الآثار: قال زرارة بن أبي أوفى: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أرخى الستور، وأغلق الباب، فلها الصداق كاملاً، وعليها العدة، دخل بها أو لم يدخل بها.

٤ً ـ المعقول: أن الزوجة بتمكينها من الخلوة مع عدم المانع من الجماع، قد سلمت المبدل وهو مقابل المهر، فيجب على زوجها تسليمها البدل وهو المهر، كما في البيع والإجارة، وتقصير الزوج في استيفاء حقه لا تؤاخذ هي به، كما أن تقصير المستأجر والمشتري في التسليم بعد التخلية ورفع الموانع، لا يمنع من حصول التسليم.

---

(١) رواه الدارقطني.

الفصل السّابع

حقوق الزواج وواجباته

عرفنا أن الزواج كغيره من العقود ينشئ بين العاقدين الزوجين حقوقاً وواجبات متبادلة، عملاً بمبدأ التوازن والتكافؤ وتساوي أطراف التعاقد الذي يقوم عليه كل عقد. وقد أشار القرآن الكريم لهذا المبدأ وثبوت هذه الحقوق والواجبات، فقال تعالى: ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ أي أن للنساء من الحقوق على الرجال مثل ما للرجال على النساء من واجبات، وأساس توزيع تلك الحقوق والواجبات هو العرف والفطرة، ومبدأ: كل حق يقابله واجب.

وفي هذا الفصل مباحث ثلاثة:

الأول ـ حقوق الزوجة.

الثاني ـ حقوق الزوج.

الثالث ـ الحقوق المشتركة بين الزوجين.

المبحث الأول ـ حقوق الزوجة:

للزوجة حقوق مالية وهي المهر والنفقة، وحقوق غير مالية: وهي إحسان العشرة والمعاملة الطيبة، والعدل.

أما المهر: فقد تكلمنا عنه تفصيلاً، وعرفنا أنه حق خاص للمرأة بالقرآن والسنة، لقوله تعالى: ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾، وثبت في السنة أنه ﷺ لم يخل زواجاً من مهر.

وأما النفقة: فنخصص لها مبحثاً خاصاً بها، وهي أمر مقرر في القرآن والسنة أيضاً، لقوله تعالى: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وعن معاوية القشيري: «أن النبي ﷺ سأله رجل: ما حق المرأة على الزوج؟ قال: تُطعمها إذا طعِمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبِّح، ولا تهجر إلا في البيت»[1] أي لا تقل لامرأتك: قبحها الله، والهجر يكون في المضجع، لا أن يتحول الرجل عن المرأة إلى دار أخرى، أو يحولها إليها.

والمراد من العشرة: ما يكون بين الزوجين من الألفة والاجتماع، ويلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف من الصحبة الجميلة، وكف الأذى، وألا يمطله حقه مع قدرته، ولا يظهر الكراهة فيما يبذله له، بل يعامله ببشر وطلاقة، ولا يتبع عمله مِنَّة ولا أذى[2]؛ لأن هذا من المعروف، لقوله تعالى: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ وقوله سبحانه: ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ قال أبو زيد: «تتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيكم» وقال ابن عباس: «إني لأحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تتزين لي»؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾.

وثبت في السنة الأمر بمعاملة النساء خيراً، وورد فيها بيان حقوق وواجبات كل من الزوجين، قال ﷺ: «استوصوا بالنساء خيراً، فإنما هن عندكم عوانٍ[3] ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مُبَيِّنة، فإن فَعلْنَ فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرِّح[4]، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً».

«إن لكم من نسائكم حقاً، ولنسائكم عليكم حقاً».

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه (نيل الأوطار: ٢١١/٦).

(٢) كشاف القناع: ٢٠٥/٥.

(٣) عوان: جمع عانية، والعاني: الأسير.

(٤) أي غير شديد ولا موجع.

فأما حقكم على نسائكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذنَّ في بيوتكم لمن تكرهون.

ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن»[1].

وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً: «خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي»[2]. «أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً، وخياركم خياركم لنسائهم»[3].

ومن أهم حقوق الزوجة بإيجاز لما سبق بيانه في هذا الشأن[4]:

١ً - إعفاف الزوجة أو الاستمتاع: قال المالكية: الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر. وقال الشافعي: لا يجب إلا مرة؛ لأنه حق له، فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة، ولأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة، فلا يمكن إيجابه، والمستحب ألا يعطلها، ليأمن الفساد.

وقال الحنابلة: يجب على الزوج أن يطأ الزوجة في كل أربعة أشهر مرة، إن لم يكن عذر؛ لأنه لو لم يكن واجباً لم يصر باليمين (الإيلاء) على تركه واجباً، كسائر ما لا يجب، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة من المرأة كإفضائه إلى دفعه عن الرجل، فيكون الوطء حقاً لهما جميعاً، فإن أبى الوطء بعد انقضاء الأربعة الأشهر، أو أبى البيتوتة في ليلة من أربع ليال للمرأة الحرة، بلا عذر لأحد الزوجين، فرِّق بينهما كما يفرق بسبب الإيلاء، وكما لو منع النفقة، ولو قبل الدخول، أي يفرق بينهما إن لم يطأ بعد الزفاف لمدة أربعة أشهر،

---

(١) رواه ابن ماجه والترمذي وصححه عن عمرو بن الأحوص (نيل الأوطار: ٢١٠/٦).

(٢) رواه الترمذي وصححه عن عائشة (نيل الأوطار: ٢٠٦/٦).

(٣) رواه أحمد والترمذي وصححه عن أبي هريرة (المرجع السابق).

(٤) البدائع: ٣٣٤/٢، الدر المختار: ٥٢١/٢، ٥٤٦ - ٥٥٣، القوانين الفقهية: ص ٢١١ وما بعدها، المهذب: ٦٥/٢ - ٦٩، كشاف القناع: ٢٠٥/٥ - ٢٢٨.

وكما لو ظاهر من زوجته، ولم يكفر عن الظهار، بل إن الفسخ لتعذر الوطء أولى من الفسخ لتعذر النفقة.

لكن إن سافر الزوج عن المرأة لعذر وحاجة، سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره للعذر. وإن لم يكن للمسافر عذر مانع من الرجوع وغاب أكثر من ستة أشهر، فطلبت قدومه، لزمه القدوم، لما روى أبو حفص بإسناده عن يزيد بن أسلم قال: بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة، فمرَّ بامرأة وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسودَّ جانبه ... وطال علي أن لا خليل ألاعبه
فوالله لولا خشية الله والحيا ... لحرك من هذا السرير جوانبُه

فسأل عنها، فقيل له: زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها، فأقفله، ثم دخل على حفصة فقال: بُنَيَّة، كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين، ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقَّت للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهراً، ويقيمون أربعة أشهر، ويرجعون في شهر.

ولزوم قدوم الزوج: إن لم يكن له عذر في سفره كطلب علم أو كان في جهاد أو حج واجبين أو في طلب رزق يحتاج إليه، فإن وجد عذر لم يلزمه القدوم؛ لأن صاحب العذر يعذر من أجل عذره.

ويكتب الحاكم للزوج الغائب ليقدم، فإن أبى أن يقدم من غير عذر، بعد مراسلة الحاكم إليه، فسخ الحاكم نكاحه؛ لأنه ترك حقاً عليه يتضرر به.

٢ ـ ويحرم الوطء في الدبر، لقوله ﷺ: «إن الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في أدبارهن» «لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها»[١] وعن أبي هريرة

(١) رواهما ابن ماجه وأحمد (نيل الأوطار: ٦/٢٠٠).

مرفوعاً: «من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها، أو أتى عرافاً فصدقه، فقد كفر بما أنزل على محمد»[1] وفي حديث آخر: «ملعون من أتى امرأة في دبرها»[2].

ويحرم وطء الحائض، ويسن لمن وطئ الحائض أن يتصدق بدينار إن وطئها في مقتبل الدم، وبنصف دينار في إدباره، لما روى أبو داود والحاكم وصححه: «إذا واقع الرجل أهله وهي حائض، إن كان دماً أحمر فليتصدق بدينار، وإن كان أصفر، فليتصدق بنصف دينار».

ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الأليتين، لقوله تعالى: ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم، فإنهم غير ملومين ﴾.

ويجوز وطؤها في الفرج مدبرة، لما روى جابر قال: «كان اليهود يقولون: إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها، جاء الولد أحول» فأنزل الله تعالى: ﴿ نساؤكم حرث لكم، فأتوا حرثكم أنى شئتم ﴾ من بين يديها ومن خلفها، غير ألا يأتيها إلا في المأتى» وفي لفظ: «يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة إذا كان ذلك في الفرج»[3].

فإن أتاها في الدبر عزر إن علم تحريمه، لارتكابه معصية لا حد فيها ولا كفارة.

قال الحنابلة: وإن تطاوع الزوجان على الوطء في الدبر، فُرِّق بينهما. وكذا إن أكره الرجل زوجته على الوطء في الدبر، ونهي عنه فلم ينته، فرِّق بينهما، كما يفرق بين الرجل الفاجر وبين من يفجر به من رقيقه.

٣ ـ العزل (إلقاء مني الرجل خارج الفرج) قال الشافعية: يكره العزل، لما

---

(١) رواه الأثرم وأحمد والترمذي. ورواه أبو داود بلفظ «فقد برئ مما أنزل» (المرجع السابق).

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه وأبو داود، وأخرجه الشافعي بنحوه عن خزيمة بن ثابت، وفي إسناده مجهول (المرجع السابق).

(٣) متفق عليه.

روت جُذَامة بنت وهب، قالت: «حضرت رسول الله ﷺ، فسألوه عن العزل، فقال: ذلك الوأد الخفي، وهو: ﴿ وإذا الموءودة سئلت ﴾»[1].

وقال الغزالي: يجوز العزل، وهو المصحح عند المتأخرين، لقول جابر: «كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ، والقرآن ينزل»[2] والقول بجواز العزل متفق عليه بين المذاهب الأربعة، لحديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً عند أحمد: «إنا نأتي النساء ونحب إتيانهن، فما ترى في العزل؟ فقال ﷺ: «اصنعوا ما بدا لكم، فما قضى الله تعالى فهو كائن، وليس من كل الماء يكون الولد».

ويحرم العزل عن المرأة الحرة إلا بإذنها، لما روي عن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها»[3].

٤ ـ المعاشرة بالمعروف: يجب على الزوج معاشرة الزوجة بالمعروف، لقوله تعالى: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾. ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل، للآية السابقة، ومن العشرة بالمعروف: بذل الحق من غير مطل، ولقوله ﷺ: «مَطْل الغني ظلم»[4].

٥ ـ العدل بين النسوة في المبيت والنفقة كما بينا: فمن كان له امرأتان أو أكثر، فيجب عليه عند الجمهور غير الشافعية العدل بينهن، والقسم لهن، فيجعل لكل واحدة يوماً وليلة، سواء أكان الرجل صحيحاً أم مريضاً أم مجبوباً، وسواء أكانت المرأة صحيحة أم مريضة أم حائضاً أم نفساء أم محرمة بإحرام أم كتابية لقصد الأنس، ولأن

---

(١) أخرجه أحمد ومسلم (نيل الأوطار : ١٩٦/٦) .

(٢) رواه أحمد والبخاري ومسلم (متفق عليه) (نيل الأوطار : ١٩٥/٦) .

(٣) رواه أحمد وابن ماجه .

(٤) رواه أصحاب السنن إلا الترمذي ، ورواه البيهقي ، كلهم عن عمرو بن الشريد عن أبيه بلفظ : « لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » ورواه أحمد وأصحاب الكتب الستة وابن أبي شيبة والطبراني في معجمه الوسط عن أبي هريرة باللفظ المذكور في الأصل .

النبي ﷺ قسم لنسائه، وكان يقسم في مرضه، مع أن القسم لم يكن واجباً عليه.

قالت عائشة: كان رسول الله ﷺ يقسم لكل امرأة يومها وليلتها[1]، وقالت عائشة أيضاً: «كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل، ويقول: اللهم إن هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما لا أملك»[2]. فإن شق على المريض القسم، استأذن أزواجه أن يكون عند إحداهن، لما روت عائشة: «أن رسول الله ﷺ بعث إلى نسائه فاجتمعن، فقال: إني لا أستطيع أن أدور بينكن، فإن رأيتن أن تأذنَّ لي، فأكون عند عائشة، فعلت، فأذنَّ له»[3] فإن لم يأذنَّ له أن يقيم عند إحداهن أقام عند إحداهن بقرعة أو اعتزلهن جميعاً إن أحب ذلك تعديلاً بينهن.

وقال الشافعية: لا يجب القسم على الرجل؛ لأن القسم لحقه، فجاز له تركه.

والبدء بالقسم يكون بالقرعة، فلا يجوز للرجل أن يبدأ بواحدة من نسائه من غير رضا البواقي إلا بقرعة، لحديث أبي هريرة المتقدم عند أبي داود: «من كانت له امرأتان يميل إلى إحداهما على الأخرى، جاء يوم القيامة، وأحد شقيه ساقط» ولأن البداءة بإحداهما من غير قرعة تدعو إلى النفور.

وإذا قسم لواحدة، لزمه القضاء للبواقي؛ لأنه إذا لم يقض، مال، فدخل في الوعيد.

والقسم مطلوب عند الشافعية والحنابلة حتى في السفر، فلا يسافر مع واحدة إلا بقرعة، كما بينا سابقاً. ولم يوجب الحنفية والمالكية القسم في السفر، واستثنى المالكية سفر القربة، فيقرع الرجل بين نسائه.

وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج، سقط حقها من القسم والنفقة؛ لأن القسم

---

(١) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم.

(٢) رواه أبو داود.

(٣) رواه أبو داود.

للأنس، والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد منعت المرأة ذلك بالسفر.

وعماد القسم الليل؛ لأنه يأوي فيه الإنسان إلى منزله، ويسكن إلى أهله، وينام على فراشه مع زوجته عادة، والنهار للمعاش، قال الله تعالى: ﴿وجعلنا الليل لباساً، وجعلنا النهار معاشاً﴾.

ولإحدى الزوجات أن تهب حقها لبعض ضرائرها مؤقتاً أو دائماً، لقول عائشة السابق: «غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغي بذلك رضا رسول الله ﷺ».

وقد بينا أن الزوجة الجديدة لها عند الجمهور غير الحنفية سبع ليال إذا كانت بكراً، وثلاث ليال إذا كانت ثيباً. وسوى الحنفية بين الجديدة والقديمة، فلا تختص واحدة منهما بشيء.

أما واجب الزوجة: فلا يجب عليها خدمة زوجها في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدمات، وعليه أن يأتيها بطعام مهيأ إن كانت ممن لا تخدم نفسها؛ لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه، لكن لا يجوز لمن تخدم نفسها وتقدر على الخدمة أخذ الأجرة على عمل البيت، لوجوبه عليها ديانة، حتى ولو كانت شريفة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما، فجعل أعمال الخارج على علي، والداخل على فاطمة مع أنها سيدة نساء العالمين.

المبحث الثاني ـ حقوق الزوج:

إن أهم حقوق الزوج ما يأتي[1]:

أً ـ طاعة الزوجة لزوجها في الاستمتاع والخروج من المنزل: فإذا تزوج

(١) المراجعة السابقة في بدء المطلب السابق.

رجل امرأة، وكانت أهلاً للجماع وجب تسليمها نفسها بالعقد إذا طلب، ويجب عليه تسلمها إذا عرضت عليه؛ لأنه بالعقد يستحق الزوج تسليم العوض، وهو أن يسلمها مهرها المعجل. وقد نص الإمام أحمد على أن التي يمكن الاستمتاع بها هي بنت تسع سنين فأكثر؛ لأن النبي ﷺ «بنى بعائشة وهي بنت تسع سنين».

وتمهل الزوجة مدة بحسب العادة لإصلاح أمرها كاليومين والثلاثة؛ لأنه من حاجتها، فإذا منع الرجل منه كان تعسيراً، فوجب إمهالها طلباً لليسر والسهولة، والمرجع فيه إلى العرف بين الناس؛ لأنه لا تقدير فيه، فوجب الرجوع فيه إلى العرف. ولا تمهل لعمل جهاز ونحوه.

وعلى الزوجة طاعة زوجها إذا دعاها إلى الفراش، ولو كانت على التنور أو على ظهر قتب، كما رواه أحمد وغيره، ما لم يشغلها عن الفرائض، أو يضرها؛ لأن الضرر ونحوه ليس من المعاشرة بالمعروف. ووجوب طاعتها له لقوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾، وقوله ﷺ: «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[1] وقوله: «أيما امرأة ماتت، وزوجها راض عنها، دخلت الجنة»[2] وقوله: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة، حتى تصبح»[3]. ومن الطاعة: القرار في البيت متى قبضت معجل مهرها وهو تفرغها لشؤون الزوجية والبيت ورعاية الأولاد في الصغر والكبر، فليس للزوجة الخروج من المنزل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها، فله منعها من الخروج إلى المساجد وغيرها، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: رأيت امرأة أتت إلى النبي ﷺ، وقالت: «يا رسول الله، ما حق الزوج على زوجته؟ قال: حقه

---

(١) رواه الترمذي، وقال: حديث حسن، عن أبي هريرة.

(٢) رواه ابن ماجه والترمذي، وقال: حديث حسن غريب، عن أم سَلَمة.

(٣) متفق عليه بين الشيخين عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٢٠٧/٦، رياض الصالحين: ص ١٣٤ وما بعدها) مرجعا هذه الأحاديث.

عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت، لعنها الله وملائكة الرحمة، وملائكة الغضب حتى تتوب أو ترجع، قالت: يا رسول الله، وإن كان لها ظالماً؟ قال: وإن كان لها ظالماً»[1] ولأن حق الزوج واجب، فلا يجوز تركه بما ليس بواجب.

لكن يكره ـ كما ذكر الشافعية ـ منعها من عيادة أبيها إذا أثقل في مرضه، وحضور مواراته إذا مات؛ لأن منعها مما ذكر يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق. وأجاز الحنفية للمرأة الخروج بغير إذن زوجها إذا مرض أحد أبويها.

ويجب على المرأة في حال الخروج التزام الستر الشرعي، فلا تظهر شيئاً من جسدها غير الوجه والكفين؛ لأن في كشف شيء مما أوجب الله ستره تعريضاً للفتنة والتطلع إليها، قال تعالى: ﴿ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى﴾. ومن التبرج: المشي بتكسر وحركات مثيرة، ومن التبرج أيضاً أن تلبس المرأة ثوباً رقيقاً يصف ما تحته، قال ﷺ: «صنفان من أهل النار لم أرهما بعد: نساء كاسيات عاريات، مائلات مميلات[2]، على رؤوسهن أمثال أسنمة البخت المائلة[3]، لا يدخلن الجنة، ولا يجدن ريحها، وإن ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا. ورجال معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس»[4] وقال عليه السلام أيضاً: «أيما امرأة استعطرت، فخرجت فمرت على قوم ليجدوا ريحها، فهي زانية»[5].

والتزام المرأة البيت لا بمعنى حبسها فيه أو التضييق عليها هو خير شيء للمرأة، قال عليه الصلاة والسلام: «إن المرأة عورة، فإذا خرجت استشرفها الشيطان،

---

(١) رواه أبو داود الطيالسي عن ابن عمر.

(٢) المراد بالكاسيات العاريات: اللاتي يلبسن الثياب الرقيقة التي لاتستر ماتحتها. والمراد بالمائلات المميلات: اللاتي يتمايلن ويتبخترن في مشيهن للافتتان بهن.

(٣) البخت: نوع من الإبل المشهورة بكبر سنامها، والمراد أن النساء يعتنين بشعورهن ويعظمنها بلف عمامة أو عصابة أو بنفش الشعر ونحو ذلك.

(٤) رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة.

(٥) رواه الحاكم عن أبي موسى.

وأقرب ماتكون من رحمة ربها ، وهي في قعر بيتها »[1] وهو يدل على وجوب الستر وعدم إظهار المرأة شيئاً من بدنها ، وأن في الخروج العمل على إغواء الشياطين لها وإغراء الرجال بها حتى تقع الفتنة .

وليس للزوجة صوم نفل أو تطوع إلا بإذنه ، لقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة أن تصوم ، وزوجها شاهد إلا بإذنه ، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه »[2] وروى البزار عن ابن عباس : «أن امرأة من خثعم أتت رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، أخبرني ماحق الزوج على الزوجة ، فإني امرأة أيّم ، فإن استطعت وإلا جلست أيّماً ؟ قال : فإن حق الزوج على زوجته إن سألها نفسها ، وهي على ظهر قتب ألا تمنعه ، وألا تصوم تطوعاً إلا بإذنه ، فإن فعلت جاعت وعطشت ولا تقبل منها ، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، فإن فعلت لعنتها ملائكة السماء وملائكة الرحمة وملائكة العذاب ، قالت : لا جرم ، لا أتزوج أبداً »[3] .

٢ - الأمانة : على الزوجة أن تحفظ غيبة زوجها في نفسها وبيته وماله وولده ، لحديث ابن الأحوص السابق : «أما حقكم على نسائكم ، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ، ولا يأذنَّ في بيوتكم لمن تكرهون» وقوله ﷺ : « نساء قريش خير نساء ركبن الإبل ، أحناه على طفل في صغره ، وأرعاه على زوج في ذات يده » وفي لفظ : « خير نساء ركبن الإبل صالح نساء قريش »[4] ويؤكده الحديث المعروف : « كلكم راع ، وكلكم مسؤول عن رعيته ، والأمير راع ، والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده ، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته »[5] فعليها أن تحسن تربية أولادها على الدين والفضيلة والقيام بالواجب .

---

(١) رواه الترمذي عن ابن مسعود .

(٢) متفق عليه عن أبي هريرة (رياض الصالحين ، المكان السابق ، نيل الأوطار : ٢١١/٦) .

(٣) رواه البزار ، وفيه حسين بن قيس المعروف بحنش ، وهو ضعيف ، وقد وثقه حصين بن نمير ، وبقية رجاله ثقات .

(٤) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة (جامع الأصول : ١٣٤/١٠) .

(٥) متفق عليه بين الشيخين عن ابن عمر (رياض الصالحين : ص ١٣٥) .

٣ً- المعاشرة بالمعروف: يجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الأذى وغيره، كما يجب عليه معاشرتها بالمعروف، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تؤذي امرأة زوجها في الدنيا إلا قالت زوجته من الحور العين: لا تؤذيه، قاتلكِ الله، فإنما هو عندكِ دخيل، يوشك أن يفارقك إلينا»[١] وقال ﷺ: «ما تركت بعدي فتنة هي أضر على الرجال من النساء»[٢].

٤ً- حق التأديب[٣]: للزوج الحق في تأديب زوجته عند عصيانها أمره بالمعروف لا في المعصية؛ لأن الله عز وجل أمر بتأديب النساء بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن، فإن تحققت الطاعة وجب الكف عن التأديب لقوله عز وجل: ﴿فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً﴾ ولا تحتاج المرأة الصالحة لتأديب لقوله تعالى: ﴿فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله﴾ وأما غير الصالحة وهي التي تخل بحقوق الزوجية وتعصي الزوج فهي التي تكون بحاجة إلى التأديب.

فولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه زوجته فيما يلزم طاعته، بأن كانت ناشزة، والنشوز: معصيتها إياه فيما يجب عليها، وكراهة كل من الزوجين صاحبه، والخروج من المنزل بغير إذن الزوج، لا إلى القاضي لطلب الحق منه. وأمارات النشوز: إما بالفعل كالإعراض والعبوس والتثاقل إذا دعاها بعد لطف وطلاقة وجه، وإما بالقول، كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين.

ويبدأ الزوج بالتأديب عند ظهور أمارات النشوز بالترتيب التالي:

أولاً- الوعظ والإرشاد: بأن يتكلم معها بكلام رفيق لين، بأن يقول لها: كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب، ولا تكوني من كذا وكذا، أو: اتق

---

(١) رواه الترمذي عن معاذ بن جبل، وقال: حديث حسن (رياض الصالحين: ص ١٣٥).

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن أسامة بن زيد (المرجع السابق).

(٣) البدائع: ٣٣٤/٢، القوانين الفقهية: ص ٢١٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٥٧/٣ - ٢٦١، المهذب: ٦٩/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ٢٣٣/٥ - ٢٣٦.

الله في الحق الواجب لي عليك، واحذري العقوبة، لقوله تعالى: ﴿ واللاتي تخافون نشوزهن، فعظوهن﴾ وذلك بلا هجر ولا ضرب، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم مع ضرائرها، فلعلها تبدي عذراً، أو تتوب عما وقع منها بغير عذر. والخوف هنا بمعنى العلم، والأولى بقاؤه على ظاهره، فمن ظهر له أمارة نشوز أو تحققه، وعظها.

ثانياً - الهجر في المضجع والإعراض: إن تحقق النشوز بأن عصته وامتنعت من إطاعته، أو خرجت من بيته بغير إذنه ونحوه، هجرها في المضجع ما شاء، لقوله تعالى: ﴿ واهجروهن في المضاجع ﴾ قال ابن عباس: «لا تضاجعها في فراشك» و «قد هجر النبي ﷺ نساءه، فلم يدخل عليهن شهراً»[1].

وهجرها في الكلام ثلاثة أيام، لا فوقها، لحديث أبي هريرة: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»[2] والهجر: ضد الوصل، والتهاجر: التقاطع.

ولا يضربها عند الجمهور، وقال النووي: الأظهر يضرب، لقوله تعالى: ﴿ فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ﴾ والمراد: واهجروهن إن نشزن، واضربوهن إن أصررن على النشوز، أي إن لم يتكرر نشوز الزوجة وعظها الزوج وهجرها في المضجع وضربها في رأي الشافعية.

ثالثاً - الضرب غير المخوف: إن أصرت على النشوز ضربها عندئذ ضرباً غير مبرح - أي غير شديد - ولا شائن، للآية السابقة ﴿ واضربوهن ﴾ فظاهر الآية وإن كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب، والواو يحتمل ذلك.

---

(١) متفق عليه.

(٢) رواه أبو داود والنسائي بإسناد على شرط البخاري ومسلم (الترغيب والترهيب : ٤٥٥/٣).

ويجتنب في أثناء الضرب: الوجه تكرمة له، ويجتنب البطن والمواضع المخوفة خوف القتل، ويجتنب المواضع المستحسنة لئلا يشوهها، ويكون الضرب ـ كما أبان الحنفية ـ عشرة أسواط فأقل، لقوله ﷺ: «لا يجلد أحدكم فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله»[(١)] وقوله: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد، ثم يضاجعها في آخر اليوم»[(٢)]. فإن تلفت من الجلد فلا ضمان عليه عند الحنابلة والمالكية؛ لأن الضرب مأذون فيه شرعاً. وقال أبو حنيفة والشافعي: إنه يضمن؛ لأن استيفاء الحق مقيد بشرط السلامة للآخرين.

ويكون الضرب أيضاً بيد أو بعصا خفيفة إن رأى الزوج هذا. والأولى الاكتفاء بالتهديد وعدم الضرب، لما قالت عائشة: «ما ضرب رسول الله ﷺ امرأة له ولا خادماً، ولا ضرب بيده شيئاً قط إلا في سبيل الله، أو تنتهك محارم الله، فينتقم لله»[(٣)].

رابعاً ـ طلب إرسال الحكمين: إن نفع الضرب لبعض النساء الشواذ، فبها ونعمت، وإن لم ينفع وادعى كل من الزوجين ظلم صاحبه ولا بينة لهما، رفع الأمر إلى القاضي لتوجيه حكمين إليهما، حكماً من أهله وحكماً من أهلها، للإصلاح أو التفريق، لقوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حَكَماً من أهله، وحَكَماً من أهلها، إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾.

والحكمان: حران مسلمان ذكران عدلان مكلفان فقيهان عالمان بالجمع والتفريق؛ لأن التحكيم يفتقر إلى الرأي والنظر، ويجوز أن يكونا من غير أهلهما؛ والأولى أن يكونا من غير أهلهما؛ لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة.

---

(١) متفق عليه بين أحمد والشيخين وأصحاب السنن الأربعة عن أبي بردة بن نيار، وهو صحيح.

(٢) متفق عليه في الصحيحين (نيل الأوطار: ٢١٢/٦).

(٣) رواه النسائي (نيل الأوطار: ٢١١/٦).

وينبغي لهما أن ينويا الإصلاح لقوله تعالى: ﴿إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾، وأن يلطفا القول، وأن ينصفا، ويرغبا ويخوفا، ولا يخصا بذلك أحد الزوجين دون الآخر، ليكون أقرب للتوفيق بينهما.

وينفذ عند المالكية تصرف الحكمين في أمر الزوجين بما رأياه من تطليق أو خلع، من غير إذن الزوج ولا موافقة الحاكم، بعد أن يعجز عن الإصلاح بينهما، وإذا حكما بالفراق فهي طلقة بائنة.

وقال الشافعية والحنابلة: الحكمان وكيلان عن الزوجين، فلا يملكان تفريقاً إلا بإذن الزوجين، فيأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو إصلاح، وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه.

وقال الحنفية: يرفع الحكمان ما يريدانه إلى القاضي، والقاضي هو الذي يوقع الطلاق، وهو طلاق بائن، بناء على تقريرهما، فليس للحكمين التفريق إلا أن يفوضا فيه.

٥ً- الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة: قال الشافعية والحنابلة: للزوج إجبار الزوجة، ولو كانت ذمية على الغسل من الحيض والنفاس؛ لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له، فيملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه. وله إجبار الزوجة المسلمة البالغة على غسل جنابة؛ لأن الصلاة واجبة عليها، ولا تتمكن منها إلا بالغسل؛ ولأن النفس تعاف من وطء الجنب، ولا يجبر الزوجة الذمية على غسل الجنابة كالمسلمة التي دون البلوغ؛ لأن الاستمتاع لا يتوقف عليه، لإباحته بدونه.

وأضاف الحنابلة: أن للزوج إجبار الزوجة على غسل نجاسة؛ لأنه واجب عليها، وله أيضاً إجبارها على اجتناب محرَّم لوجوبه عليها، وله إجبارها على أخذ شعر وظفر تعافه النفس، وإزالة وسخ؛ لأن المذكور يمنع كمال الاستمتاع.

وذكر الشافعية في التنظيف والاستحداد (حلق العانة) وغسل الجنابة وجهين: وجه يملك إجبارها عليه؛ لأن كمال الاستمتاع يقف عليه. والثاني: لا يملك إجبارها عليه؛ لأن الوطء لا يقف عليه.

٦ - السفر بالزوجة: عرفنا أن للزوج بعد أداء كل المهر المعجل أن يسافر بزوجته إذا كان مأموناً عليها[1].

المبحث الثالث ـ الحقوق المشتركة بين الزوجين:

أغلب الحقوق السابقة خصوصاً حق الاستمتاع وما يتبعه هي حقوق مشتركة بين الزوجين، لكن حق الزوج على زوجته أعظم من حقها عليه، لقوله تعالى: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾ وللحديث السابق عند أبي داود: «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد، لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن، لما جعل الله لهم عليهن من الحق».

ويسن لكل من الزوجين تحسين الخُلُق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه، لقوله تعالى: ﴿والصاحب بالجنب﴾ أي الإحسان له، وللحديث المتقدم: «استوصوا بالنساء خيراً» وحديث «خياركم خياركم لنسائه»[2].

وليكن الزوج غيوراً من غير إفراط، لئلا ترمى بالشر من أجله

وينبغي إمساك المرأة مع الكراهة لها، لقوله تعالى: ﴿فإن كرهتموهن فعسى أن

---

(١) الدر المختار: ٢/٤٩٥.

(٢) رواه ابن ماجه.

تكرهوا شيئاً ، ويجعل الله فيه خيراً كثيراً﴾ قال ابن عباس : « ربما رزق منها ولداً ، فجعل الله فيه خيراً كثيراً » .

ولا ينبغي للرجل أن يعلم امرأته قدر ماله ، ولا يفشي إليها سراً يخاف إذاعته ؛ لأنها تفشيه . ولا يكثر من الهبة لها ، فإنه متى عودها شيئاً لم تصبر عنه[1] .

---

(١) كشاف القناع : ٢٠٦/٥ .



الباب الثاني

انحلال الزواج وآثاره

فيه أربعة فصول: الأول - في الطلاق، الثاني - في الخلع، الثالث - في التفريق القضائي، الرابع - في العِدَّة والاستبراء.



الفصل الأول

الطلاق

ويشتمل على تمهيد وستة مباحث وملحق :

الأول ـ معنى الطلاق ومشروعيته وحكمه وركنه وحكمته وسبب جعله بيد الرجل .

الثاني ـ شروط الطلاق ، أو مالك الطلاق وقدره ومحله (من يقع عليه) وما يقع به (صيغته) .

الثالث ـ قيود إيقاع الطلاق شرعاً .

الرابع ـ التوكيل في الطلاق وتفويضه .

الخامس ـ أنواع الطلاق وحكم كل نوع .

السادس ـ الشك في الطلاق وإثباته .

ملحق ـ عن زواج التحليل والرجعة .

تمهيد ـ في معنى انحلال الزواج وأنواع الفُرَق الزوجية :

انحلال الزواج : هو إنهاؤه باختيار الزوج ، أو بحكم القاضي . والفُرْقة لغة بمعنى الافتراق ، وجمعها فرق ، واصطلاحاً : هي انحلال رابطة الزواج ، وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب .

وهي نوعان : فرقة فسخ وفرقة طلاق . والفسخ إما أن يكون بتراضي الزوجين وهو المخالعة ، أو بواسطة القاضي .

وذكر المالكية[1] أن الفراق بين الزوجين يقع على خمسة عشر وجهاً وهي : الطلاق على اختلاف أنواعه ، والإيلاء إن لم يفئ الزوج عن يمينه ، واللعان ، والردة ، وملك أحد الزوجين الآخر ، والإضرار بالزوجة ، وتفريق الحَكَمين بين الزوجين ، واختلاف الزوجين في الصداق قبل الدخول ، وحدوث الجنون أو الجذام أو البرص في الزوج ، ووجود العيوب في أحد الزوجين ، والإعسار بالنفقة ، أو الصداق ، والتغرير ، والفقد ، وعتق الأمة زوجة العبد ، وتزوج أمة على الحرة .

الفرق بين الفسخ والطلاق :

يفترق الفسخ عن الطلاق من ثلاثة أوجه :

الأول ـ حقيقة كل منهما : فالفسخ : نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه ، أما الطلاق : فهو إنهاء للعقد ولا يزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى (الطلاق الثلاث) .

الثاني ـ أسباب كل منهما : الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد تنافي الزواج ، أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل . فمن أمثلة الحالات الطارئة : ردة الزوجة أو إباؤها الإسلام ، أو الاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو بنتها ، أو بين الزوجة وأبي زوجها أو ابنه مما يحرم المصاهرة ، وذلك ينافي الزواج ، ومن أمثلة الحالات المقارنة : أحوال خيار البلوغ لأحد الزوجين ، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفء أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية ، ففيها كان العقد غير لازم .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٢٧ .

أما الطلاق : فلا يكون إلا بناء على عقـد صحيح لازم ، وهو من حقوق الزوج ، فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج أو يكون بسبب عدم لزومه .

الثالث ـ أثر كل منهما : الفسخ لا ينقص عـدد الطلقـات التي يملكهـا الرجل ، أما الطلاق فينقص به عدد الطلقات .

وكذلك فرقة الفسخ لا يقع في عدتهـا طلاق ، إلا إذا كانت بسبب الردة أو الإبـاء عن الإسلام ، فيقع فيهما عند الحنفية طلاق زجراً وعقوبة . أما عدة الطلاق فيقع فيها طـلاق آخر ، ويستمر فيهـا كثير من أحكام الـزواج . ثم إن الفسـخ قبـل الـدخـول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر ، أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى ، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة .

متى تكون الفرقة فسخاً ومتى تكون طلاقاً ؟

للفقهاء آراء في بيان أحْوال الفسخ وأحوال الطلاق .

يرى الحنفية[1] : أن الفرقة تكون فسخاً فيما يأتي :

١ً ـ تفريق القاضي بين الزوجين بسبب إباء الزوجة الإسلام بعدمـا أسلم زوجهـا المشرك أو المجوسي ؛ لأن المشركـة لا تصلـح لنكاح المسلم ، والفرقـة جـاءت من قبلهـا ، والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقاً ؛ لأنها لا تلي الطلاق ، فيجعل فسخاً .

أما إن كان الإباء من الزوج ، فتكون الفرقـة طلاقـاً في قول أبي حنيفـة ومحمـد ، وفسخاً في قول أبي يوسف .

٢ً ـ ردة أحد الزوجين .

٣ً ـ تبـاين الـدارين حقيقـة وحكمـاً : بـأن خرج أحـد الزوجين إلى دار الإسلام

---

(١) فتح القدير : ٢١/٣ ، البدائع : ٣٣٦/٢ ـ ٣٤٠ ، رد المحتار لابن عابدين : ٥٧١/٢ .

مسلماً أو ذمياً ، وترك الآخر كافراً في دار الحرب قياساً على الردة لعدم التمكين من الانتفاع عادة . أما إن خرج أحدهما مستأمناً وبقي الآخر كافراً في دار الحرب فلا تقع الفرقة . وقال غير الحنفية : لا تقع الفرقة باختلاف الدارين .

٤ً ـ خيار بلوغ الصغير أو الصغيرة . وهذه الفرقة لا تقع إلا بتفريق القاضي . فإن كانت الفرقة بسبب اختيار المرأة نفسها لعيب الجب والعنة والخصاء والخنوثة ، فهي فرقة بطلاق من طريق القاضي .

٥ً ـ خيار العتق : بأن تعتق الأمة ويبقى زوجها عبداً ، فلها الخيار بالبقاء أو إنهاء الزواج ، وتثبت الفرقة بنفس الاختيار ؛ لأن الفرقة وقعت بسبب وجد منها وهو اختيارها نفسها ، واختيارها نفسها لا يجوز أن يكون طلاقاً ؛ لأنها لا تملك الطلاق ، إلا إذا مُلِّكت كالمخيَّرة .

٦ً ـ التفريق لعدم الكفاءة أو لنقصان المهر : تكون الفرقة فسخاً ؛ لأنها فرقة حصلت لا من جهة الزوج ، فلا يمكن أن يجعل ذلك طلاقاً ؛ لأنه ليس لغير الزوج ولاية الطلاق ، فيجعل فسخاً ، ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضي كالفسخ بخيار البلوغ .

وما عداها من أنواع الفرق التي تكون من قبل الزوج أو بسبب منه يكون طلاقاً ، ومنه المخالعة .

وعليه فإن ضابط ما يتميز به الفسخ عن الطلاق عند أبي حنيفة ومحمد : هو أن كل فرقة بسبب من جانب المرأة تكون فسخاً ، وكل فرقة من جانب الرجل أو بسبب منه مختص بالزواج فهي طلاق ، إلا أن أبا حنيفة خلافاً لمحمد يعتبر الفرقة بسبب ردة الزوج فسخاً ؛ لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث إن صاحبها مهدر الدم ، فتشبه الفرقة بالموت ، والفرقة بالموت لا يمكن جعلها طلاقاً . وبه يظهر أن الغالب كون الفرقة طلاقاً .

وقال المالكية[1] : إما أن تكون الفرقة من زواج صحيح أو زواج فاسد .

أولاً ـ فإن كانت الفرقة من زواج صحيح : فإنها تكون طلاقاً إلا إذا كانت بسبب أمر طارئ يوجب التحريم المؤبد ، سواء من أحد الزوجين أو من القاضي .

ثانياً ـ وإن كانت الفرقة من زواج فاسد :

فإن كان مجمعاً على فساده : فإن الفرقة فيه تكون فسخاً ، لا طلاقاً ، كالفرقة من زواج المتعة ، والزواج بإحدى المحارم ، والزواج بالمعتدة ، ونحوها .

وإن كان مختلفاً في فساده : وهو ما يكون فاسداً عند المالكية صحيحاً عند غيرهم ، كزواج المرأة بدون ولي فهو فاسد عندهم صحيح عند الحنفية ، فإن الفرقة فيه تكون طلاقاً لا فسخاً . ومنه زواج السر (وهو الذي يوصي الزوج الشهود بكتمان العقد عن الناس أو عن بعضهم) ، فهو فاسد عندهم صحيح عند باقي الأئمة .

وعلى هذا تكون الفرقة فسخاً فيما يأتي :

١ ـ إذا وقع العقد غير صحيح ، كالزواج بالأخت أو إحدى المحارم ، والزواج بزوجة الغير أو معتدته .

٢ ـ إذا طرأ على الزواج ما يوجب الحرمة المؤبدة كالاتصال الجنسي بشبهة من أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه ، مما يوجب حرمة المصاهرة .

٣ ـ الفرقة بسبب اللعان : لأنه تترتب عليه الحرمة المؤبدة ، لحديث « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً »[2] .

٤ ـ الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد أن أسلمت زوجته ، أو إباء الزوجة غير

---

(١) بداية المجتهد : ٧٠/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٣٦٤/٢ .

(٢) رواه الدارقطني عن ابن عباس ، وفي معناه أحاديث كثيرة (نيل الأوطار : ٢٧١/٦) .

الكتابية الإسلام بعد إسلام زوجها ؛ لأن ذلك في معنى طروء مفسد على الزواج .

وتكون الفرقة طلاقاً فيما يأتي :

١ً ـ إذا استعمل لفظ الطلاق في الزواج الصحيح ، أو المختلف في فساده .

٢ً ـ إذا حدثت الفرقة بالخلع في الزواج الصحيح أو المختلف في فساده .

٣ً ـ الفرقة بسبب الإيلاء : وهو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته أكثر من أربعة أشهر . فإن لم يعد عن يمينه بعد أمر القاضي له بعد ادعاء الزوجة فرق بينهما ، وكانت الفرقة طلاقاً .

٤ً ـ الفرقة لعدم كفاءة الزوج ، سواء أكانت من الزوجة أم من وليها .

٥ً ـ الفرقة لعدم الإنفاق أو للغيبة ، أو للضرر وسوء العشرة .

٦ً ـ الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام : فإنها طلاق في مشهور المذهب ؛ لأنها فرقة بسبب أمر طارئ يوجب التحريم غير المؤبد الذي ينتهي بالرجوع عن الإسلام . وبه يظهر أن أغلب الفرق تكون طلاقاً .

ومذهب الشافعية[1] : هو أن فرقة النكاح طلاق وفسخ :

فالطلاق أنواع : الطلاق المعهود صراحة أو كناية ، والخلع ، وفرقة الإيلاء ، والحَكَمين . والفسخ أنواع سبعة عشر : فرقة إعسار مهر ، وإعسار نفقة أو كسوة أو مسكن بعد إمهال الزوج ثلاثة أيام ، وفرقة لعان ، وفرقة خيار عَتيقة[2] ، وفرقة

---

(١) تحفة الطلاب : ص ٢٣٦ ، حاشية الشرقاوي : ٢/٢٩٤ ـ ٢٩٦ .

(٢) خيار العتيقة : هو أن تعتق الأمة زوجة الرقيق ، فيثبت لها الخيار فوراً بدون رفع الأمر إلى الحاكم إلا إذا كان عتقها قبل الوطء في مرض الموت ، وكان ثلث ماله لا يتحمل سقوط المهر مع قيمتها .

عيوب[1] بعد رفع الأمر إلى الحاكم، وثبوت العيب، والفسخ فوري إلا العنة فتؤجل سنة من يوم ثبوتها، وفرقة غرور[2]، ووطء شبهة كوطء أم زوجته أو ابنتها، وسبي للزوجين أو أحدهما قبل الدخول أو بعده؛ لأن الرق إذا حدث أزال الملك عن النفس، فعن العصمة أولى، وفرقة إسلام أحد الزوجين، أو ردته، وإسلام الزوج على أختين أو أكثر من أربع، أو أمتين، وملك أحد الزوجين الآخر، وعدم الكفاءة بأن أطلقت المرأة الإذن فبان الرجل غير كفء، وانتقال من دين إلى آخر كالانتقال من اليهودية إلى النصرانية، وفرقة رضاع بشرط كونه خمس رضعات متفرقات قبل مضي حولين.

وقال الحنابلة[3]: يكون الفسخ في حالات منها ما يأتي:

١ ـ الخلع إذا كان بغير لفظ الطلاق، أو بغير نية الطلاق.

٢ ـ ردة أحد الزوجين.

٣ ـ الفرقة لعيب مشترك وهو الجنون والصرع، أو مختص بالمرأة كالرتق والقرن والبخر والقروح السيالة، وانخراق ما بين السبيلين، أو مختص بالرجل كالجب والعنة. ولا يفسخ الزواج إلا حاكم.

٤ ـ إسلام أحد الزوجين.

٥ ـ الفرقة بسبب الإيلاء بواسطة القاضي، إن انقضت المدة وهي أربعة أشهر،

---

(١) العيوب المثبتة للخيار في الزواج: هي جنون وجذام وبرص بأحد الزوجين، ورتق وقرن بالزوجة، وجب وعنة بالزوج.

(٢) من الأنكحة المكروهة: نكاح المغرور بحرية امرأة أو نسبها أو إسلامها وهو يجيز الفسخ والرجوع بالغرامة على من غرّه لا بالمهر؛ لأنه الموقع له في الغرامة، فلو شرط رجل حرية امرأة في العقد، فبان رقها، وهو ممن لا يحل له نكاح الأمة فهو باطل، وإلا فصحيح، وللحر الخيار. وإن بان نسب المرأة دون المشروط صح، وإن بان دون نسبه فللرجل الخيار (تحفة الطلاب: ص ٢٢٠).

(٣) المغني: ٥٦/٧ وما بعدها، غاية المنتهى: ٤٦/٣، ٥٦ وما بعدها، ١٠٣.

ولم يطأ الزوج زوجته، ولم يطلق بعد أن يأمره الحاكم بالطلاق.

٦ ـ الفرقة بسبب اللعان: لأن اللعان يوجب التحريم بين الزوجين على التأبيد، ولو لم يحكم به القاضي.

وأما الفرقة بسبب الطلاق: فهي ما كانت بألفاظ الطلاق صريحاً أو كناية.

الفُرَق التي تتوقف على القضاء والتي لا تتوقف على القضاء:

قد تحتاج الفرقة سواء أكانت طلاقاً أم فسخاً إلى قضاء القاضي، وقد لا تحتاج، ويظهر أثر التوقف على القضاء وعدمه في بعض الأحكام، كالإرث، فإن وجد سبب الفرقة، ثم مات أحد الزوجين قبل صدور حكم قضائي، فإن احتاجت الفرقة إلى القضاء، فإن الآخر يرثه، وإن لم تحتج إلى قضاء فلا يرثه الآخر، لانتهاء الزوجية بمجرد وجود سبب الفرقة.

أما الفُرَق التي تتوقف على القضاء فهي نوعان: فرق الطلاق وفرق الفسخ. وفرق الطلاق المتوقفة على القضاء هي عند الحنفية ما يأتي:

١ً ـ الفرقة بسبب اللعان. وقال المالكية في المشهور: لا تتوقف هذه الفرقة على القضاء.

٢ً ـ الفرقة بسبب عيوب الزوج وهي الجب والعنة والخصاء، ويفسخ العقد عند الجمهور بسبب هذه العيوب أو عيب الرتق والقرن ونحوهما في الزوجة، بعد رفع الأمر للحاكم.

٣ً ـ الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام في رأي أبي حنيفة ومحمد. وزيد في مصر وسورية التفريق لغيبة الزوج أو حبسه، ولعدم الإنفاق على زوجته، وللشقاق بين الزوجين أو الإضرار بالزوجة.

وفُرَق الطلاق غير المتوقفة على القضاء هي :

١ ـ الفرقة بلفظ الطلاق ، ومنه تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة بالاتفاق .

٢ ـ الفرقة بسبب الإيلاء عند الحنفية والمالكية .

٣ ـ الفرقة بالخلع عند الجمهور غير الحنابلة .

وأما فرق الفسخ المتوقفة على القضاء فهي :

١ ـ الفرقة بسبب عدم الكفاءة .

٢ ـ الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل .

٣ ـ الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام إذا أسلم الآخر ، لكن الفرقة بسبب إباء الزوجة متفق عليه ، وبسبب إباء الزوج متفق عليه في غير رأي أبي حنيفة ومحمد . وأما في رأي أبي يوسف فهي فسخ .

٤ ـ الفرقة بسبب خيار البلوغ لأحد الزوجين عند الحنفية إذا زوجهما في الصغر غير الأب والجد .

٥ ـ الفرقة بسبب خيار الإفاقة من الجنون عند الحنفية إذا زوج أحد الزوجين في الصغر غير الأب والجد والابن .

وأما فُرَق الفسخ غير المتوقفة على القضاء فهي :

١ ـ الفسخ بسبب فساد العقد في أصله كالزواج بغير شهود ، والزواج بالأخت .

٢ ـ الفسخ بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالاً يوجب حرمة المصاهرة .

٣ ـ الفسخ بسبب ردة الزوج في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإن ارتد الزوجان فلا يفرق بينهما بمجرد الردة في الراجح عند الحنفية .

٤ ـ الفسخ بسبب خيار العتق للزوجة .

٥ ـ الفسخ بسبب ملك أحد الزوجين للآخر .

هذا ويلاحظ أمران :

الأول ـ أن الفرقة بسبب الاتصال الذي يوجب حرمة المصاهرة توجب حرمة مؤبدة ، والفرقة بسبب خيار البلوغ أو الردة أو الإباء عن الإسلام أو ملك أحد الزوجين الآخر توجب حرمة مؤقتة . وأما فرقة اللعان فتوجب حرمة مؤبدة عند الحنابلة وأبي يوسف والشافعية والمالكية ، وتوجب حرمة مؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد إذا خرج أحد الزوجين عن أهلية اللعان ، أو كذب الرجل نفسه فيما قذف به المرأة .

الثاني ـ كل فرقة من جهة الزوجة تسقط المهر عند الحنفية إلا إذا تأكد العقد بالدخول أو الخلوة ، فإن كانت الفرقة من الزوج أو بسببه ، فلا تسقط شيئاً للزوجة حالة الدخول وعدمه .

المبحث الأول ـ معنى الطلاق ومشروعيته ، وحكمه ، وركنه ، وحكمته ، وسبب جعله بيد الرجل :

معنى الطلاق : الطلاق لغة ، حل القيد والإطلاق ، ومنه ناقة طالق : أي مرسلة بلا قيد ، وأسير مطلق : أي حل قيده وخلي عنه ، لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي ، وهو في المرأة ، والإطلاق في حل القيد الحسي في غير المرأة .

وشرعاً : حل قيد النكاح ، أو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه . أو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص[1] . فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن ، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي . واللفظ

---

(١) الدر المختار : ٥٧٠/٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٩/٣ ، المغني : ٦٦/٧ ، كشاف القناع : ٢٦١/٥ .

المخصوص : هو الصريح كلفظ الطلاق ، والكناية كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها . ويقوم مقام اللفظ : الكتابة والإشارة المفهمة ، ويلحق بلفظ الطلاق لفظ « الخلع » وقول القاضي « فرقت » في التفريق للغيبة أو الحبس ، أو لعدم الإنفاق أو لسوء العشرة . وقد أخرج باللفظ المخصوص : الفسخ ، فإنه يحل رابطة الزواج في الحال ، لكن بغير لفظ الطلاق ونحوه ، والفسخ كخيار البلوغ ، وعدم الكفاءة ، ونقصان المهر ، والردة .

ولا يصح الرجوع في الطلاق أو العدول عنه كسائر الأيمان ، لقوله ﷺ : « لا قيلولة في الطلاق »[1] .

مشروعيته : الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ وقوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء ، فطلقوهن لعدتهن ﴾ .

وأما السنة : فقوله ﷺ : « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »[2] وقوله عليه السلام : « أبغض الحلال إلى الله : الطلاق »[3] . وقال عمر : « طلق النبي ﷺ حفصة ، ثم راجعها »[4] .

وأجمع الناس على جواز الطلاق ، والمعقول يؤيده ، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين ، فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة ، وضرراً مجرداً ، بإلزام الزوج النفقة والسكنى ، وحبس المرأة مع سوء العشرة ، والخصومة الدائمة من غير فائدة ، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل الزواج ، لتزول المفسدة الحاصلة منه .

---

(١) أخرجه العقيلي من حديث صفوان بن عمران الطائي (نيل الأوطار : ٦/٢٣٨) .

(٢) رواه ابن ماجه والدارقطني عن ابن عباس (نيل الأوطار : ٦/٢٣٨) .

(٣) رواه أبو داود وابن ماجه بإسناد صحيح ، والحاكم وصححه ، عن ابن عمر (المرجع السابق : ص ٢٢٠) .

(٤) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن عمر رضي الله عنه ، وهو لأحمد من حديث عاصم بن عمر (المرجع السابق : ص ٢١٩) .

حكمـة تشريع الطلاق : تظهر حكمـة تشريع الطلاق : من المعقول السـابق ، وهو الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق ، وطروء البغضـاء الموجبـة عـدم إقـامـة حدود الله تعالى ، فكان تشريعه رحمة منـه سبحـانـه وتعـالى[1] . أي أن الطلاق علاج حاسم ، وحل نهائي أخير لما استعصى حلـه على الزوجين وأهل الخير والحكمين ، بسبب تبـاين الأخلاق ، وتنـافر الطبـاع ، وتعقـد مسيرة الحيـاة المشتركـة بين الزوجين ، أو بسبب الإصابة بمرض لا يحتمل ، أو عُقْم لا علاج له ، مما يؤدي إلى ذهاب المحبـة والمودة ، وتوليـدِ الكراهيـة والبغضـاء ، فيكون الطلاق منفـذاً متعينـاً للخلاص من المفـاسـد والشرور الحادثة .

فالطلاق إذاً ضرورة لحل مشكلات الأسرة ، ومشروع للحاجة ويكره عند عدم الحـاجـة ، للحـديث السـابـق : « ليس شيء من الحـلال أبغض إلى الله من الطـلاق » وحديث : « أيمـا امرأة سـألت زوجهـا الطلاق في غير مـا بـأس ، فحرام عليهـا رائحـة الجنة »[2] . ومن أسبابه المبيحة له طاعة الوالدين فيه ، قال ابن عمر : « كانت تحتي امرأة أحبها ، وكان أبي يكرهها ، فأمرني أن أطلِّقها فأبيتُ ، فذُكر ذلك للنبي ﷺ ، فقـال : ياعبد الله بن عمر : طلِّق امرأتك »[3] وصرح الحنابلة[4] : أنه لا يجب على الرجل طاعة أبويه ولو عدلين في طلاق أو منع من تزويج .

ومـا قـد يترتب على الطلاق من أضرار ، وبخـاصـة الأولاد ، يحتمل في سبيل دفع ضرر أشد وأكبر ، عملاً بالقاعدة : « يختار أهون الشرين » .

لكن رغب الشرع الأزواج في الصبر وتحمـل خلـق الـزوجـة ، فقـال تعـالى : ﴿ وعاشرون بـالمعروف ، فـإن كرهتموهن ، فعسى أن تكرهوا شيئـاً ، ويجعل الله فيـه

---

(١) فتح القدير : ٢١/٣ .

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي عن ثوبان (المرجع السابق : ص ٢٢٠) .

(٣) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا النسائي ، وصححه الترمذي (المرجع السابق : ص ٢٢٠) .

(٤) غاية المنتهى : ١١٢/٣ .

خيراً كثيراً» وقوله ﷺ: «لا يفرَكْ مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلُقاً، رضي منها آخر»[1].

وشرع الشرع طرقاً ودية لحل ما يثور من نزاع بين الزوجين، من وعظ وإرشاد، وهجر في المضجع وإعراض، وضرب، وإرسال حكمين من قبل القاضي إذا عجز الزوجان عن الإصلاح وإزالة الشقاق الذي بينهما، وقد بينا ذلك في بحث حقوق الزوجين، وهي كلها مأخوذة من آيات ثلاث هي: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً، والصلح خير، وأحضرت الأنفس الشح، وإن تحسنوا وتتقوا، فإن الله كان بما تعملون خبيراً﴾ ﴿وإن خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حكماً من أهله، وحكماً من أهلها، إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما، إن الله كان عليماً خبيراً﴾ ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، واهجروهن في المضاجع، واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً، إن الله كان علياً كبيراً﴾.

فلا يلجأ إلى الطلاق لأول وهلة ولأهون الأسباب، كما يفعل بعض الجهلة الذين يقدمون عليه لطيش بيِّن، أو حماقة، أو غضب موقوت، أو شهوة جارفة أو هوى مستبد، فهو كله خروج عن تعاليم الإسلام وآدابه، وموجب للإثم والمعصية والتأديب والتعزير، وإنما الطلاق تشريع استثنائي للضرورة بعد أن يسلك الزوج المراحل الآتية:

وهي المعاشرة بالمعروف والصبر وتحمل الأذى، ثم الوعظ والهجر والضرب اليسير، ثم إرسال الحكمين.

فإن وقع الطلاق فيمكن العودة إلى الزواج بالرجعة بغير شهود ما دامت المرأة في

---

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة.

العدة، أو بعقد جديد بعد انتهاء العدة، وذلك لمرتين بعد الطلقة الأولى، وبعد الطلقة الثانية، فتلك فترتان متكررتان لمراجعة الحساب، وتقدير الظروف، ومحاكمة الأمور، وتعقل النتائج والآثار، وهذا يحدث غالباً، فكل من الزوجين يندم ويتنازل عن أمور، ويقلع عن أخلاق، ويرضى بالعيش في ظل حياة زوجية لا توفر له كل ما يرغب بالمقارنة مع حياة العزلة والانفراد، والاتكال على الأهل الذين يضايقهم عادة تحمل أعباء جديدة من النفقة والخدمة وغيرها، هذا فضلاً عما في الفراق من تعريض سمعة المرأة للطعن والنقد، إذ لو كانت حسنة الأخلاق، لما طلقت، وبه يكون إحصاء عدد الرجعات بعد الطلاق مما ينقص كثيراً من إحصائيات الطلاق.

السبب في جعل الطلاق بيد الرجل:

جعل الطلاق بيد الزوج لا بيد الزوجة بالرغم من أنها شريكة في العقد حفاظاً على الزواج، وتقديراً لمخاطر إنهائه بنحو سريع غير متئد؛ لأن الرجل الذي دفع المهر وأنفق على الزوجة والبيت يكون عادة أكثر تقديراً لعواقب الأمور، وأبعد عن الطيش في تصرف يلحق به ضرراً كبيراً، فهو أولى من المرأة بإعطائه حق التطليق لأمرين:

الأول ـ إن المرأة غالباً أشد تأثراً بالعاطفة من الرجل، فإذا ملكت التطليق، فربما أوقعت الطلاق لأسباب بسيطة لا تستحق هدم الحياة الزوجية.

الثاني ـ يستتبع الطلاق أموراً مالية من دفع مؤجل المهر، ونفقة العدة، والمتعة، وهذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق، فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية. وأما المرأة فلا تتضرر مالياً بالطلاق، فلا تتروى في إيقاعه بسبب سرعة تأثرها وانفعالها.

ثم إن المرأة قبلت الزواج على أن الطلاق بيد الرجل، وتستطيع أن تشرطه

لنفسها إن رضي الرجل منذ بداية العقد، ولها أيضاً إن تضررت بالزوج أن تنهي الزواج بواسطة بذل شيء من مالها عن طريق الخلع، أو عن طريق فسخ القاضي الزواج بسبب مرض منفر، أو لسوء العشرة والإضرار، أو لغيبة الزوج أو حبسه، أو لعدم الإنفاق.

وليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة؛ لمصادمة المقرر شرعاً، ولأن الرجل يعتقد ديانة أن الحق له، فإذا أوقع الطلاق، حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي. وليس ذلك أيضاً في مصلحة المرأة نفسها؛ لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها، فإذا أصبح الطلاق بيد القاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم، وتسجيل أسبابه في سجلات القضاء، وقد يعسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاقي.

ركن الطلاق: قال الحنفية[1]: ركن الطلاق: هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة: وهو التخلية والإرسال، ورفع القيد في الصريح، وقطع الوصلة ونحوه في الكناية، أو شرعاً: وهو إزالة الحل؛ أو ما يقوم مقام اللفظ من الإشارة.

وقال غير الحنفية[2]: للطلاق أركان، علماً بأن كلمة «ركن الطلاق» مفرد مضاف، فيعم، فيصح الإخبار عنه بالمتعدد، فيقال: أركانه أربعة مثلاً. والمراد بالركن عند الجمهور: ماتتحقق به الماهية، ولو لم يكن داخلاً فيها.

أما المالكية فقالوا: أركان الطلاق أربعة: أهل له: أي موقعه من زوج أو نائبه أو وليه إن كان صغيراً، وقصد: أي قصد النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة، ولو لم يقصد حل العصمة بدليل صحة طلاق الهازل. ومحل: أي عصمة مملوكة، ولفظ

---

(١) البدائع: ٩٨/٣.

(٢) الشرح الكبير: ٣٦٥/٢، الشرح الصغير: ٥٤١/٢، مغني المحتاج: ٢٧٩/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٢٧، غاية المنتهى: ١١٢/٣.

صريح أو كناية. وعدها ابن جزي ثلاثة: هي المطلِّق، والمطلَّقة، والصيغة: وهي اللفظ وما في معناه.

وأما الشافعية والحنابلة فقالوا: أركان الطلاق خمسة: مطلِّق، وصيغة، ومحل، وولاية، وقصد، فلا طلاق لفقيه يكرره، وحاكٍ ولو عن نفسه. ويلاحظ أن الولاية أدخلها المالكية في الركن الأول وهو الأهلية. وزاد الشافعية والحنابلة على المالكية ركن المحل.

حكم الطلاق: ذهب الحنفية على المذهب[1]: إلى أن إيقاع الطلاق مباح لإطلاق الآيات، مثل قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾ ولأنه ﷺ طلق حفصة، لا لريبة (أي ظن الفاحشة) ولا كبر، وكذا فعله الصحابة، والحسن بن علي رضي الله عنهما استكثر النكاح والطلاق. وأما حديث «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» فالمراد بالحلال: ما ليس فعله بلازم، ويشمل المباح والمندوب والواجب والمكروه، وقال ابن عابدين: إن كونه مبغوضاً لا ينافي كونه حلالاً، فإن الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه، وهو مبغوض.

وقال الكمال بن الهمام: الأصح حظر الطلاق أي منعه، إلا لحاجة كريبة وكبر. ورجح ابن عابدين هذا الرأي، وليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة، بل هي أعم.

وذكر الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)[2]: أن الطلاق من حيث هو جائز، والأولى عدم ارتكابه، لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض، وتعتريه الأحكام الأربعة من حرمة، وكراهة، ووجوب، وندب، والأصل أنه خلاف الأولى.

فيكون حراماً: كما لو علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٥٧١/٢ - ٥٧٢، فتح القدير: ٢١/٣ - ٢٢.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣٦١/٢، الشرح الصغير: ٥٣٣/٢ وما بعدها، المهذب: ٧٨/٢، كشاف القناع: ٢٦١/٥، المغني: ٩٧/٧ وما بعدها.

قدرته على زواج غيرها ، ويحرم الطلاق البدعي وهو الواقع في الحيض ونحوه كالنفاس وطهر وطئ فيه .

ويكون مكروهاً : كما لو كان له رغبة في الزواج ، أو يرجو به نسلاً ولم يقطعه بقاء الزوجة عن عبادة واجبة ، ولم يخش زنا إذا فارقها . ويكره الطلاق من غير حاجة إليه ، للحديث السابق عن ابن عمر : « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » .

ويكون واجباً : كما لو علم أن بقاء الزوجة يوقعه في محرم من نفقة أو غيرها . ويجب طلاق المولي (حالف يمين الإيلاء) بعد انتظار أربعة أشهر من حلفه إذا لم يفئ أي يطأ .

ويكون مندوباً أو مستحباً : إذا كانت المرأة بذية اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده . ويستحب الطلاق في الجملة لتفريط الزوجة في حقوق الله الواجبة ، مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها على تلك الحقوق ، ويستحب الطلاق أيضاً في حال مخالفة المرأة من شقاق وغيره ليزيل الضرر ، أو إذا كانت غير عفيفة ، فلا ينبغي له إمساكها ؛ لأن فيه نقصاً لدينه ، ولا يأمن إفسادها فراشه ، وإلحاقها به ولداً من غيره .

ويستحب الطلاق أيضاً لتضرر الزوجة ببقاء النكاح لبغضه أو غيره . ويستحب كون الطلاق طلقة واحدة ؛ لأنه يمكنه تلافيها ، وإن أراد الطلاق الثلاث ، فرق الطلقات في كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف ، فإن عند أبي حنيفة لا يجوز جمعها ، ولأنه يسلم من الندم .

والخلاصة : أن الطلاق البدعي إما حرام أو مكروه ، والطلاق السني إما واجب أو مندوب أو خلاف الأولى . وسيأتي بيان البدعي والسني .

لزوم الطلاق : الطلاق كاليمين متى توافر ركنه وشروطه ، لزم المطلِّق في

زوجته، ولا رجوع عنه بوقوعه، ويحسب عليه إن طلقها ثم تزوجها ثانية، وكذلك في المرة الثالثة حتى تكون ثلاث تطليقات[1].

المبحث الثاني- شروط الطلاق وقدره ومحله وصيغته: يشترط في كل ركن من أركان الطلاق - في اصطلاح غير الحنفية - شروط:

شروط الركن الأول وهو المطلِّق: يشترط أن يكون زوجاً مكلفاً (بالغاً عاقلاً) مختاراً بالاتفاق، وأن يكون عند المالكية مسلماً، وأن يعقل الطلاق عند الحنابلة[2].

فلا يصح الطلاق من غير زوج، ولا من صبي مميز أو غير مميز، وأجاز الحنابلة طلاق مميز يعقل الطلاق ولو كان دون عشر سنين، بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها، ويصح توكيل المميز في الطلاق وتوكله فيه؛ لأن من صح منه مباشرة شيء، صح أن يوكل وأن يتوكل فيه. ولا يصح عند الفقهاء أن يطلق الولي على الصبي أو المجنون بلا عوض، لأن الطلاق ضرر.

طلاق المجنون والمدهوش: ولا يصح طلاق المجنون، ومثله المغمى عليه، والمدهوش: وهو الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل، أو يصل به الانفعال إلى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب، لقوله ﷺ: «لا طلاق في إغلاق»[3] والإغلاق: كل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعي، لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها.

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢١٩.

(٢) فتح القدير: ٢١/٣، ٣٨ - ٤٠، البدائع: ٩٩/٣، الشرح الكبير: ٣٦٥/٢، بداية المجتهد: ٨١/٢ - ٨٣، الشرح الصغير: ٥٢٦/٢ - ٥٤٢وما بعدها، المهذب: ٧٧/٢، مغني المحتاج: ٢٧٩/٣ - ٢٨٩، كشاف القناع: ٢٦٢/٥ - ٢٦٥، القوانين الفقهية: ص ٢٢٧ وما بعدها، المغني: ١١٣/٧ - ١٢٤.

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة (نيل الأوطار: ٢٣٥/٦، نصب الراية: ٢٢٣/٣).

ودليل اشتراط البلوغ والعقل: حديث «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون»[1] وحديث «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يُفيق»[2]، ولأن الطلاق تصرف يحتاج إلى إدراك كامل وعقل وافر، وهذا لا يتوافر في الصبي والمجنون، ولأن الطلاق تصرف ضار، فلا يملكه الصبي ولو كان مميزاً أو أجازه الولي.

لكن الحنابلة أنفذوا طلاق المميز ولو دون عشر، لعموم الحديث المتقدم: «إن الطلاق لمن أخذ بالساق» وحديث «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله» وعن علي: «اكتموا الصبيان النكاح» فيفهم منه أن فائدته ألا يطلقوا، ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق، فوقع كطلاق البالغ.

طلاق الغضبان: يفهم مما ذكر أن طلاق الغضبان لا يقع إذا اشتد الغضب، بأن وصل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول و يفعل ولا يقصده. أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله، وهذه حالة نادرة. فإن ظل الشخص في حالة وعي و إدراك لما يقول فيقع طلاقه، وهذا هو الغالب في كل طلاق يصدر عن الرجل؛ لأن الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل نفس وأخذ مال بغير حق وطلاق وغيرها.

طلاق غير الزوج: لا يصح طلاق غير الزوج، لحديث «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل ملك»[3].

---

(١) قال عنه الزيلعي: حديث غريب، وأخرج الترمذي عن أبي هريرة: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» وفيه ضعيف، وروى ابن أبي شيبة عن علي قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» (نصب الراية: ٢٢١/٣ ـ ٢٢٢).

(٢) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن علي وعمر، ورواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم عن عائشة بلفظ آخر (الجامع الصغير: ٢٤/٢).

(٣) رواه ابن ماجه عن مِسور بن مَخْرمة، وأخرجه الحاكم عن جابر مرفوعاً بلفظ «لاطلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك» (نيل الأوطار: ٢٤٠/٦).

طلاق السكران : السكران الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام، ولا يعي بعد إفاقته ما صدر منه حال سكره، لا يقع طلاقه باتفاق المذاهب إن سكر سكراً غير حرام - وهو نادر - كشرب مسكر للضرورة، أو للإكراه، أو لأكل بنج ونحوه ولو لغير حاجة عند الحنابلة؛ لأنه لا لذة فيه، فيعذر لعدم الإدراك والوعي لديه، فهو كالنائم.

أما السكران بطريق محرَّم - وهو الغالب - بأن شرب الخمر عالماً به، مختاراً لشربه، أو تناول المخدر من غير حاجة أو ضرورة عند الجمهور غير الحنابلة، فيقع طلاقه في الراجح في المذاهب الأربعة، عقوبة وزجراً له عن ارتكاب المعصية، ولأنه تناوله باختياره من غير ضرورة.

وقال زفر والطحاوي والكوخي من الحنفية، وأحمد في رواية عنه، والمزني من الشافعية وعثمان وعمر بن عبد العزيز[1] : لا يقع طلاق السكران، لعدم توافر القصد والوعي والإرادة الصحيحة لديه، فهو زائل العقل كالمجنون، والنائم فاقد الإرادة كالمكره، فتصبح عبارته ملغاة لا قيمة لها، وللسكر عقوبة أخرى هي الحد، فلا مسوغ لضم عقوبة أخرى عليه، قال عثمان رضي الله عنه : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق، وقال ابن عباس : طلاق السكران والمستكره ليس بجائز، وقال علي : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه[2] .

وقد أخذ القانون في سورية ومصر بهذا الرأي، فنص قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مصر على أنه « لا يقع طلاق السكران » ونص القانون السوري م ٨٩ على ما يلي :

« ١ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

---

(١) وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء وبعض التابعين أيضاً ، وروي عن علي ومعاوية رضي الله عنهما .

(٢) ذكرهن البخاري في صحيحه (نيل الأوطار : ٦/٢٣٥) .

٢ ـ المدهوش : هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره ، فلا يدري ما يقول » .

طلاق غير المسلم : يقع طلاق غير المسلم كالمسلم عند الجمهور؛ لأنه عند غير الحنفية مكلف بفروع الشريعة . وقال المالكية : لا يصح الطلاق من كافر ، ويشترط الإسلام لنفوذ طلاق المطلِّق .

طلاق المرتد : طلاق المرتد بعد الدخول موقوف ، فإن أسلم في العدة تبينا وقوعه ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة أو ارتد قبل الدخول فطلاقه باطل ؛ لانفساخ النكاح قبله ، باختلاف الدين .

طلاق السفيه : ينفذ طلاق السفيه المحجور إذا كان بالغاً باتفاق المذاهب ولو بغير إذن وليه ؛ لأن موضع الحجر هو التصرفات المالية ، والطلاق وأثره ليس من التصرفات المالية ، والرشد ليس شرطاً لوقوع الطلاق .

والسفيه : هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم . وقال الشيعة الإمامية وعطاء : يتوقف طلاق السفيه على إذن الولي ؛ لأنه تصرف ضار ضرراً محضاً .

طلاق المكره : لا يقع عند الجمهور طلاق المكره ؛ لأنه غير قاصد للطلاق ، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه ، ولقوله ﷺ : « إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[١] وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا طلاق في إغلاق »[٢] معناه في إكراه . وهذا هو الراجح لقوة دليله .

ورأى الحنفية أن طلاق المكره واقع ؛ لأنه قصد إيقاع الطلاق وإن لم يرض

---

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس .

(٢) رواه أبو داود والأثرم عن عائشة ، وقد سبق تخريجه ومعناه.

بالأثر المترتب عليه، كالهازل، فإن طلاقه يقع لحديث: «ثلاث جِدّهن جِدّ، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»[1].

مالك الطلاق: يتبين مما سبق أن الذي يملك الطلاق إنما هو الزوج متى كان بالغاً عاقلاً، ولا تملكه الزوجة إلا بتوكيل من الزوج أو تفويض منه. ولا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة للضرورة.

ويلاحظ أن القانون المصري جعل الأهلية في سن الحادية والعشرين، والسوري في سن الثامنة عشرة، وبناء عليه تكون أهلية الطلاق قانوناً في تلك السن المقررة، إلا إذا سمح القاضي لمن هو دون هذه السن إذا كان بالغاً بإيقاع الطلاق. وقد نص القانون السوري (م ٨٥) على الأهلية:

«١ ـ يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

٢ ـ يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك».

ما يشترط في الركن الثاني للطلاق ـ القصد:

يشترط بالاتفاق القصد في الطلاق[2]: وهو إرادة التلفظ به، ولو لم ينوه، فلا يقع طلاق فقيه يكرره، ولا طلاق حاكٍ عن نفسه أو غيره؛ لأنه لم يقصد معناه، بل

---

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا النسائي عن أبي هريرة، وقال الترمذي: حديث حسن غريب، وأخرجه الحاكم وصححه والدارقطني، وفي إسناده ابن أزدك، وهو مختلف فيه (نيل الأوطار: ٢٣٤/٦ وما بعدها، نصب الراية في الهامش: ٢٢٣/٣).

(٢) فتح القدير: ٣٩/٣، الدر المختار: ٥٨٤/٢، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٥٤٣/٢ وما بعدها، ٥٦٧، القوانين الفقهية: ص ٢٣٠، مغني المحتاج: ٢٨٧/٣ وما بعدها، كشاف القناع: ٢٦٣/٥، ٢٧٧ ـ ٢٧٨، المغني: ١٣٥/٧.

قصد التعليم والحكاية، ولا طلاق أعجمي لُقِّن لفظ الطلاق بلا فهم منه لمعناه. ولا يقع طلاق مرٍّ بلسان نائم أو من زال عقله بسبب لم يعص به، ويلغو، وإن قال بعد إفاقته أو استيقاظه: أجزته أو أوقعته للحديث المتقدم: «رفع القلم عن ثلاث، ومنها: النائم حتى يستيقظ» ولانتفاء القصد.

طلاق الهازل: الهازل هو من قصد اللفظ دون معناه، واللاعب: هو من لم يقصد شيئاً[1]، كأن تقول الزوجة في معرض دلال أو ملاعبة أو استهزاء: طلقني، فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً: طلقتك، ومثله من خاطبها بطلاق وهو يظنها أجنبية عنه وليست زوجته، بسبب ظلمة أو من وراء حجاب. والحكم أن يقع طلاق هؤلاء جميعاً؛ لأن كلاً من الهازل واللاعب أتى باللفظ عن قصد واختيار، وإن لم يرض بوقوعه، فعدم رضاه بوقوعه، لظنه أنه لا يقع: لا أثر له لخطأ ظنه. والدليل هو الحديث المتقدم: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة» وفي رواية «والعتاق» وفي رواية: «واليمين»، وقال علي كرم الله وجهه: «ثلاثة لا لعب فيهن: الطلاق والعتاق والنكاح» ولأن الهازل أتى بالسبب، وهو لفظ الطلاق، وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد.

طلاق المخطىء أو من سبق لسانه: وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق، فزلَّ لسانه، ونطق بالطلاق من غير قصد أصلاً، بأن أراد أن يقول: طاهر أو أنت طالبة، فقال خطأً: أنت طالق.

وحكمه: لا يقع طلاقه عند الشافعية، لعدم القصد.

وقال الحنفية والمالكية والحنابلة: لا يقع طلاقه في الفتوى والديانة، أي فيما بينه وبين الله تعالى، ويقع في القضاء. لكن قيد المالكية وقوعه قضاء بأن لم يثبت سبق لسانه بالبينة، وإلا فلا يلزمه في فتوى ولا في قضاء.

---

(١) اللعب والهزل في اصطلاح الفقهاء كما أبان الشافعية متغايران، وأما في اللغة فهما مترادفان.

وسبب التفرقة بين الهازل والمخطئ : أن الهازل قصد اللفظ ، فاستحق العقوبة والزجر عن اللعب بأحكام الدين ، وأما المخطئ فلا قصد له أصلاً ، فلم يستحق العقوبة والزجر، حتى يحكم بوقوع طلاقه .

ما يشترط في الركن الثالث ـ محل الطلاق أو من يقع عليه الطلاق :

المرأة هي التي يقع عليها الطلاق ، إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلاً ، ولو قبل الدخول ، أو في أثناء العدة من طلاق رجعي ؛ لأن الطلاق الرجعي لا تزول به رابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة .

فإن كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى ، فلا يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة ، لاستنفاد حق الزوج في الطلاق ، لأنه لا يملك أكثر من ثلاث طلقات ، فلا تكون هناك فائدة من الطلاق .

وإن كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى . فلا يلحقها أيضاً طلاق آخر عند الجمهور غير الحنفية ، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن ، فلا تكون محلاً للطلاق . ويلحقها طلاق آخر في رأي الحنفية في أثناء العدة ، لبقاء بعض أحكام الزواج من وجوب النفقة ، والسكنى في بيت الزوجية ، وعدم حل زواجها برجل آخر في العدة ، فتكون محلاً للطلاق إذ هي زوجة حكماً . وعبارة الحنفية فيه : « الصريح يلحق الصريح ، ويلحق البائن بشرط العدة ، والبائن يلحق الصريح » .

فإن كان الزواج فاسداً ، أو انتهت عدة المرأة مطلقاً ، فلا يقع عليها طلاق آخر ، حتى ولو كان معلقاً بانتهاء العدة ، كأن يقول لها : إذا انتهيت من عدتك ، فأنت طالق ، فلا يقع به طلاق .

وقد نص القانون السوري (م ٨٦) على محل الطلاق فيما يأتي : « محل الطلاق : المرأة التي في نكاح صحيح ، أو المعتدة من طلاق رجعي ، ولا يصح على غيرهما الطلاق ، ولو كان معلقاً » .

وإذا طلقت المرأة قبل الدخول والخلوة، فلا عدة عليها، لقوله تعالى: ﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ ويكون الطلاق بائناً. ويرى الحنفية[١]: أنه لا يلحقها طلاق آخر، فلو قال الرجل لزوجته التي لم يدخل ولم يختل بها: «أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق» لا تقع إلا طلقة واحدة؛ لأنها بالطلاق الأول، صارت بائنة من زوجها، وأصبحت أجنبية، فلا يلحقها طلاق آخر. وهذا رأي الشافعية أيضاً، فإنهم قالوا: إذا قال ذلك لغير المدخول بها فتقع طلقة واحدة بكل حال؛ لأنها تبين بالأولى فلا يقع ما بعدها[٢].

وقال المالكية والحنابلة[٣]: يقع بهذه الألفاظ المتتابعة ثلاث طلقات؛ لأنه نسق أي غير مفترق؛ لأن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها، فيكون الرجل موقعاً للثلاث جميعاً، فيقعن عليها، كقوله: أنت طالق ثلاثاً، أو طلقة معها طلقتان، إلا أنه إذا قصد بالثانية والثالثة تأكيد ما قبلها، فيصدق عند المالكية قضاءً بيمين، وديانةً بغير يمين.

إضافة الطلاق إلى بعض أجزاء المرأة أو جزء الطلقة:

إذا أضاف الرجل الطلاق للزوجة بأن قال: أنت طالق، أو طلقتك، وقع الطلاق اتفاقاً.

ويقع الطلاق أيضاً في الجملة إذا أضاف الطلاق إلى بعض أجزاء المرأة على التفصيل التالي.

قال الحنفية[٤]: يقع الطلاق أيضاً إذا أضافه الرجل إلى ما يعبر به عن كل المرأة

---

(١) الدر المختار: ٦٢٤/٢ وما بعدها، ٦٤٥.

(٢) مغني المحتاج: ٢٩٧/٣.

(٣) المغني: ٢٣٣/٧، القوانين الفقهية: ص ٢٢٩.

(٤) الدر المختار وابن عابدين: ٥٩٨/٢ - ٦٠١، فتح القدير: ٥٢/٣ وما بعدها.

أو ذاتها ، كالرقبة والعنق والروح والبدن والجسد ، والأطراف جميعاً (وهي اليدان والرجلان) والفرج (القُبُل) والوجه والرأس والأست (العجز) ، أو أضافه إلى جزء شائع من المرأة كنصفها وثلثها إلى عشرها ؛ لأن الطلاق لا يتجزأ .

ولا يقع الطلاق إذا أضافه إلى البُضْع (الفرج) والدبر ، إذ لا يعبر بهما عن الكل ، بخلاف الأست والفرج ، فإنه يعبر بهما عن الكل .

ولا يقع لو أضافه إلى اليد إلا بنية المجاز أي إطلاق البعض على الكل إذا لم يكن مشتهراً ، فلو اشتهر لا حاجة إلى نية المجاز ، وكاليد : الرجل والشعر والأنف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والأذن والفم والصدر والذقن والسن والريق والعرق والثدي والدم ؛ لأنه لا يعبر به عن الجملة . فلا يقع الطلاق لو قال : يدك طالق أو رجلك طالق ، ونحوهما .

ويقع الطلاق بإضافته إلى جزء الطلقة كالسدس والربع والنصف ، ولو من ألف جزء ، بأن يقول : أنت طالق جزءاً من ألف جزء من طلقة ؛ لأن الطلاق لا يتجزأ .

ومذهب المالكية[1] : لو أضاف الطلاق إلى نصف المرأة أو سدسها ، أو ثلثها ، أو عضو من أعضائها ، نفذ ، ولو قال : نصف طلقة أو ربع طلقة كملت عليه ، فهم كالحنفية . واختلف المالكية على رأيين في إضافته إلى شعر المرأة وكلامها وروحها وحياتها .

ورأى الشافعية[2] أنه يقع الطلاق إن طلق جزءاً من المرأة ، كقوله : يدك أو رجلك طالق أو نحو ذلك من أعضائها المتصلة بها ، ولو من غير نية المجاز خلافاً للحنفية ، وكقوله : ربعُك أو بعضُك أو جزؤك أو شعرك أو ظفرك طالق ، وكذا

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٢٨ ، الشرح الصغير : ٥٧٢/٢ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٩١/٣ ، المهذب : ٨٠/٢ ـ ٨٥ .

دمُك على المذهب ؛ لأن الطلاق لا يتبعض ، ولا يقع إن أضافه إلى فضلة كريق وعَرَق وبول ، وكذا لا يقع إن أضافه إلى مني ولبن في الأصح ؛ لأنها غير متصلة بها اتصال خلقة .

ولو قال لمقطوعة يمين : يمينك طالق ، لم يقع على المذهب ، لفقدان الذي يسري منه الطلاق إلى الباقي . ولو قال : أنت طالق بعض طلقة ، وقعت طلقة ؛ لأن الطلاق لا يتبعض .

والحنابلة قالوا[1] : تطلق إن أضاف الطلاق إلى جزء من المرأة مثل قوله : يدك أو دمك أو أصبعك أو رأسك طالق ؛ لأنه أضافه إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح ، فأشبه الإضافة إلى الجزء الشائع مثل نصفك وثلثك . أما لو قال : لعديمة الإصبع أو اليد : أصبعك طالق ، أو يدك طالق ، لم تطلق .

ولا تطلق لو قال لها : شعرك أو ظفرك أو سنك أو لبنك أو منيك طالق ؛ لأن تلك الأجزاء تنفصل عنها مع السلامة ، فلا تطلق بإضافة الطلاق إليها كالحمل ، فهم خالفوا الشافعية في غير اللبن والمني .

ولا تطلق أيضاً إن قال : سوادك أو بياضك طالق ؛ لأنه أمر عارض . ولا إن قال : ريقك أو دمعك أو عرقك طالق ؛ لأن المذكور ليس جزءاً منها ، ولا إن قال : روحك طالق ؛ لأن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به ، فأشبهت السواد والبياض . ولا إن قال : حملك طالق ؛ لأنه عرض كالبياض والسواد .

وأما لو قال : حياتك طالق ، فتطلق ؛ لأنه لا بقاء لها بدونها ، فأشبه ما لو قال : رأسك طالق .

---

(١) كشاف القناع : ٢٩٨/٥ ـ ٣٠١ ، المغني : ٢٤٢/٧ ـ ٢٤٦ .

وجزء الطلقة كالطلقة، فإذا قال: أنت طالق نصف طلقة أو ثلثها ونحوه، طلقت طلقة؛ لأن الطلاق لا يتبعض.

والخلاصة: اتفق الفقهاء على أن جزء الطلقة طلقة، واختلفوا في إضافة الطلاق إلى بعض أجزاء المرأة. ولا يقع الطلاق عند جمهور الحنفية فيما لا يعبر به عن جملة المرأة كاليد والرجل والإصبع والدبر، ويقع بها عند زفر ومالك والشافعي وأحمد.

إضافة الطلاق إلى نفس الزوج:

قال الحنفية والحنابلة[1]: من قال لامرأته: «أنا منك طالق» فليس بشيء، وإن نوى طلاقاً. ولو قال: أنا منك بائن، أو أنا عليك حرام، ناوياً الطلاق فهي طالق عند الحنفية وفي أحد الوجهين عند الحنابلة؛ لأن الطلاق لإزالة القيد، والقيد في المرأة دون الزوج، فلا تطلق في الحالة الأولى، لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله، فيلغو. أما الإبانة فهي لإزالة الوصلة، والتحريم لإزالة الحل، وهما مشتركان بين الزوجين، فصح إضافتها إلى الزوجين، ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها.

وقال المالكية والشافعية[2]: لو قال الرجل: أنا منك طالق، تطلق إن نوى تطليقها؛ لأن المرأة مقيدة والزوج كالقيد عليها، والحَلّ يضاف إلى القيد، كما يضاف إلى المقيد، فيقال: حلّ فلان المقيّد، وحل القيد عنه. وإن لم ينو طلاقاً فلا تطلق؛ لأن اللفظ خرج عن الصراحة بإضافته إلى غير محله، فشرط فيه ما شرط في الكناية من قصد الإيقاع.

وكذا لو قال: أنا منك بائن، اشترط نية الطلاق، كسائر الكنايات. وعليه، فإن الطلاق المنسوب إلى الزوج يقع ـ على هذا الرأي ـ بالنية، سواء بلفظ الطلاق أم بالإبانة.

---

(١) فتح القدير: ٧٠/٣ وما بعدها، المغني: ١٣٢/٧ وما بعدها، الدر المختار: ٦١٣/٢.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٢٨، المهذب: ٨٠/٢، مغني المحتاج: ٢٩٢/٣.

ما يشترط في الركن الرابع عند الشافعية والحنابلة - الولاية على محل الطلاق :

محل الطلاق كما عرفنا هو الزوجة ، وكأن هذا الركن الذي ذكره الشافعية فرع عن الركن السابق وهو محل الطلاق ، والمقصود منه بيان حكم طلاق الأجنبية . فإن طلاقها قبل زواجها مختلف في وقوعه بعد تزوجها ، كما يتبين من عبارات الفقهاء وهو موضوع تعليق الطلاق على الملك .

تعليق الطلاق على الملك أو على النكاح . فيه ثلاثة آراء للفقهاء :

قال الحنفية[1] : إذا أضاف رجل الطلاق إلى النكاح ، وقع عقيب النكاح ، مثل أن يقول لامرأة : « إن تزوجتك فأنت طالق » أو « كل امرأة أتزوجها فهي طالق » ؛ لأن هذا طلاق معلق على شرط ، فلا يشترط لصحته وجود الملك في حال الطلاق ، وإنما يكفي وجوده عند تحقق الشرط ، والملك متيقن حينئذ أي عند وجود الشرط ، وإذا كان الملك متيقناً عنده ، وقع الطلاق ؛ لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط ، فهو كما لو أضاف الطلاق في حال الزواج إلى شرط ، فإنه يقع عقيب الشرط ، مثل أن يقول لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ؛ لأن الملك قائم في الحال ، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط ؛ لأن الأصل بقاء الشيء على ما كان ، وهو استصحاب الحال .

وأما حديث : « لا طلاق قبل النكاح »[2] الذي رواه الشافعي ، فمحمول على نفي التنجيز في الحال ، لا نفي الطلاق المعلق .

وعلى هذا فلا تصح إضافة الطلاق إلى امرأة إلا أن يكون الحالف مالكاً ، أو

---

(١) فتح القدير : ٣/١٢٧ - ١٣١ .

(٢) رواه ابن ماجه والترمذي وصححه عن المسور بن مخرمة بلفظ : « لا طلاق قبل النكاح ، ولا عتق قبل ملك » وفيه أحاديث أخرى كثيرة بمعناه (نصب الراية : ٣/٢٣٠ وما بعدها)

يضيفه إلى ملك ، فإن قال لامرأة أجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها ، فدخلت الدار، لم تطلق ؛ لأن الحالف ليس مالكاً ، ولم يضف الطلاق إلى الملك أو سبب الملك وهو التزوج ، ولا بد من واحد منهما .

والحاصل : أن الطلاق عند الحنفية يتعلق بشرط التزويج ، سواء عمم المطلِّق جميع النساء أو خصص .

وقال المالكية[1] : إن عمَّ المطلق جميع النساء لم يلزمه، وإن خصص لزمه ، فمن قال : « كل امرأة أتزوجها من بني فلان ، أو من بلد كذا ، فهي طالق » أو قال « في وقت كذا » ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا تزوجهن الرجل المطلق . أما لو قال : « كل امرأة أتزوجها ، فهي طالق » فلا تطلق امرأة تزوجها . وسبب الفرق بين التعميم والتخصيص : استحسان مبني على المصلحة ؛ لأنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم ، لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتاً به وحرجاً ، وكأنه من باب نذر المعصية . وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ، وليس من شرط الطلاق إلا وجود الملك فقط ، ولا يشترط وجود الملك المتقدم بالزمان على الطلاق .

وقال الشافعية والحنابلة والظاهرية[2] : خطاب الأجنبية بطلاق مثل « أنت طالق » ومثل « كل امرأة أتزوجها فهي طالق » وتعليق الطلاق بنكاح ، مثل « إن تزوجتك فأنت طالق » ، أو بغير نكاح ، مثل « إن دخلت الدار فأنت طالق » لغو ، ويحكم بإبطال اليمين ، فلا تطلق على من يتزوجها ، أما الطلاق المنجز على الأجنبية فلا يقع بالاتفاق ، وأما المعلق على الزواج فلانتفاء الولاية من القائل على محل الطلاق ، وقد قال ﷺ : « لا طلاق إلا بعد نكاح »

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٨٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٢ .

(٢) مغني المحتاج : ٣/٢٩٢ وما بعدها ، المهذب : ٢/٩٨ ، المغني : ٧/١٣٥ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٨٣ وما بعدها .

وعليـه ، فـإن الطلاق لا يتعلق بـأجنبيـة أصلاً ، سواء عم المطلّق أو خص . وهـو قول علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة ، وهو الراجح لـدي عملاً بهـذا الحديث الصحيح ، ولا عبرة بما طعن به بعضهم بعد تحسين الترمـذي . وبنـاء عليـه إن قال رجل لزوجته وأجنبية : إحداكما طالق ، أو كانت له زوجة اسمها زينب ، وجـارة اسمها زينب ، فقال : زينب طالق ، وقـال : أردت الأجنبيـة ، لم يقبل قولـه ، وتطلق زوجته في الحالتين ؛ لأنه لا يمكن طلاق غيرها .

الأدلة إجمالاً[1] :

استدل الحنفية بما يأتي :

١ ـ الإجمـاع على صحـة تعليق الظهـار بـالملـك ، والطـلاق مثلـه ، إذ لا قـائـل بالفرق .

٢ ـ آثار عن التابعين : أخرج ابن أبي شيبـة عن سـالم والقـاسم بن محمـد والنخعي والزهري ومكحول الشامي وغيرهم أنهم قـالوا في رجل قـال : كل امرأة أتزوجهـا فهي طالق : هو كما قال .

٣ ـ تعليق الطلاق لازم كتعليق العتق والـوكالـة والإبراء ، فـلا يشترط لصحتـه قيام الملك في الحال .

واستدل المالكية على التفصيل بالاستحسان وبناء الحكم على المصلحـة ، فقـالوا : إذا عمم فـأوجبنـا عليـه التعميم ، لم يجـد سبيـلاً إلى النكاح الحـلال ، فكان ذلـك عنتـاً وحرجاً ، فكأنه نذر المعصية ، وقـد عرف من الشرع : «إذا ضـاق الأمر اتسع » . أمـا إذا

---

(١) فتح القدير : ٤٤/٣ وما بعدها ، ٨٧ وما بعدها ، البدائع : ١٠١/٣ ـ ١١٢ ، بداية المجتهد : ٧٣/٢ ومـا بعـدهـا ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٨ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٥٥٩/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٧٩/٣ وما بعدها ، المهذب : ٨٠/٢ ـ ٨٣ ، المغني : ١٢١/٧ ـ ١٣٨ ، كشاف القناع : ٢٧٦/٥ ـ ٢٨٧ ، غاية المنتهى : ١٢٠/٣ ـ ١٢٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥٩٠/٢ ـ ٥٩٤ ، ٦٣٥ ـ ٦٣٧ ، المحلى : ٢٢٦/١٠ .

خص فهو بسبيل من زواج غير من خصه بالتعليق ، فلا موجب لإلغاء كلامه .

واستدل الشافعية والحنابلة بما يأتي :

١ً ـ حديث « لا طلاق قبل نكاح » المروي من طرق مختلفة ، وقال عنه الترمذي : حديث حسن . وبلغ ابن عباس أن ابن مسعود يقول : إن طلق ما لم ينكح فهو جائز ، فقال ابن عباس : أخطأ في هذا ، فإن الله يقول : نكحتم المؤمنات ، ثم طلقتموهن ، ولم يقل : إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن .

٢ً ـ المعقول : وهو أن التعليق طلاق ، والطلاق حل القيد وإبطال الملك ، ولا قيد ولا ملك في الأجنبية حتى يصح حله وإبطاله ، فكان لغواً . أما أن التعليق طلاق ، فلأن الطلاق عند وجود الشرط يقع به إذا لم يوجد كلام آخر سواه ، فلو لم يكن التعليق تطليقاً ، لم يقع الطلاق عند الشرط . ثم إن هذا التعليق إنشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو ، كتعليق الصبي ، وتعليق البالغ طلاق الأجنبية حاصل بغير الملك . وقد رجحت هذا الرأي عملاً بالحديث الثابت .

شرط الركن الخامس ـ الصيغة أو ما يقع به الطلاق :

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها ، سواء باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة[1] .

واللفظ إما صريح أو كناية :

فالطلاق الصريح : هو اللفظ الذي ظهر المراد منه وغلب استعماله عرفاً في الطلاق ، كالألفاظ المشتقة من كلمة « الطلاق » مثل : أنت طالق ، ومطلقة ، وطلقتك وعلي الطلاق . ومنه قول الرجل : « أنت علي حرام أو حرمتك أو محرمة » ؛

---

(١) مقارنة المذاهب للأستاذين شلتوت والسايس : ص ١٠٤ ـ ١٠٨ .

لأنه وإن كان في الأصل كناية، فقد غلب استعماله بين الناس في الطلاق، فصار من الألفاظ الصريحة فيه. هذا مذهب الحنفية.

وقال المالكية: الكناية الظاهرة لها حكم الصريح، وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كلفظ التسريح والفراق، وكقوله: أنت بائن أو بتة أو بتلة وما أشبه ذلك.

وقال الشافعية والحنابلة والظاهرية: إن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ: الطلاق والفراق والسراح، لورودها في القرآن، قال تعالى: ﴿ الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ وقال: ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ وقال: ﴿ وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته ﴾ وقال سبحانه: ﴿ فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً ﴾ ولو اشتهر لفظ للطلاق مثل الحلال أو حلال الله علي حرام، فالأصح كما قال النووي أنه كناية، ثم أصبح قول الرجل «علي الحرام» من باب الطلاق الصريح كما أفتى به ابن حجر وغيره. وقال الحنابلة: لو قال: عليَّ الحرام، أو يلزمني الحرام، أو الحرام يلزمني، فهو لغو، لا شيء فيه؛ لأنه يقتضي تحريم شيء مباح بعينه، فإن اقترن معه نية تحريم الزوجة أو دلت قرينة على إرادة ذلك، فهو ظهار؛ لأنه يحتمله.

أما لفظة الإطلاق مثل أطلقتك وأنت مُطْلَقة، فليست صريحة في الطلاق باتفاق المذاهب الأربعة، وإنما هي كناية تحتاج إلى نية؛ لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال، فأشبهت سائر كناياته.

يفهم مما ذكر أنه يشترط لإيقاع الطلاق ما يأتي:

١ ـ استعمال لفظ يفيد معنى الطلاق لغة أو عرفاً، أو بالكتابة أو الإشارة المفهمة.

٢ ـ أن يكون المطِّلق فاهماً معناه، ولو بلغة أعجمية، فإذا استعمل الأعجمي

صريح الطلاق، وقع الطلاق منه بغير نية، وإن كان كناية احتاج إلى نية. ولو لقن رجل صيغة الطلاق بلغة لا يعرفها، فتلفظ بها، وهو لا يدري معناها، فلا يقع عليه شيء.

٣ـ إضافة الطلاق إلى الزوجة، أي إسناده إليها لغة، بأن يعينها بأحد طرق التعيين، كالوصف، أو الاسم المسماة به، أو الإشارة والضمير، فيقول: امرأتي طالق، أو فلانة طالق، أو يشير إليها بقوله: هذه طالق، أو أنت طالق، أو يقول: هي طالق، في أثناء حديث عنها؛ أو إسناده إليها عرفاً مثل: علي الطلاق أو الحرام أن أفعل كذا، أو الطلاق يلزمني إن لم أفعل كذا، فالطلاق هنا مضاف إلى المرأة في المعنى، وإن لم يضف إليها في اللفظ.

٤ـ ألا يكون مشكوكاً في عدد الطلاق أو في لفظه. ويقع الطلاق الصريح ولو بالألفاظ المصحفة، نحو طلاغ، وتلاغ، وطلاك، وتلاك، أو بأحرف الهجاء: ط، ل، ق.

حكم الطلاق الصريح:

يقع الطلاق باللفظ الصريح بدون حاجة إلى نية أو دلالة حال، فلو قال الرجل لزوجته: أنت طالق، وقع الطلاق، ولا يلتفت لادعائه أنه لا يريد الطلاق.

وأما طلاق الكناية: فهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ولم يتعارفه الناس في إرادة الطلاق. مثل قول الرجل لزوجته: الحقي بأهلك، اذهبي، اخرجي، أنت بائن، أنت بتّة، أنت بتلة، أنت خلية، برية، اعتدي، استبرئي رحمك، أمرك بيدك، حبلك على غاربك أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء، وزمامه على غاربه، ونحوها من الألفاظ التي لم توضع للطلاق، وإنما يفهم الطلاق منها بالقرينة أو دلالة الحال: وهي حالة مذاكرة الطلاق، أو الغضب.

ومن الكناية عند الشافعية والحنابلة: أنت علي حرام أو حرَّمتك، فإن نوى

طلاقاً أو ظهاراً حصل، وإن نواهما تخير وثبت ما اختاره. لكن أصبح لفظ «علي الحرام» من الطلاق الصريح في العرف والعادة الجارية. وقد حصر المالكية الكناية بالكناية المحتملة مثل: الحقي بأهلك واذهبي وابعدي عني وما أشبه ذلك، أما الكناية الظاهرة فلها حكم الصريح، كما بينا مثل لفظ التسريح والفراق، وأنت بائن أو بتة أو بتلة وما أشبهها.

حكم الطلاق بالكناية:

قال الحنفية والحنابلة: لا يقع قضاء الطلاق بالكناية إلا بالنية، أو دلالة الحال على إرادة الطلاق، كأن يكون الطلاق في حالة الغضب، أو في حالة المذاكرة بالطلاق.

وفصل الحنفية في وقوع الطلاق قضاء بألفاظ الكنايات، فقالوا: في حالة الرضا المجردة عن مذاكرة الطلاق وطلبه لا يحكم بوقوع الطلاق بأي لفظ كنائي إلا بالنية، وفي حالة الرضا ومذاكرة الطلاق وطلبه: يقع الطلاق من غير توقف على نية في لفظ «اعتدي» وألفاظ «بائن، بتة، خلية، برية» وأما ألفاظ «اذهبي، اخرجي، قومي، اغربي، تقنعي» فتحتاج إلى نية. وأما في حالة الغضب فيقع الطلاق بلفظ «اعتدي» من غير نية، وأما الألفاظ الأخرى فتحتاج إلى نية.

ورأى المالكية والشافعية: أن الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية، ولا عبرة بدلالة الحال، فلا يلزمه الطلاق إلا إن نواه، فإن قال: إنه لم ينو الطلاق، قبل قوله في ذلك بيمينه، فإن حلف أنه ما أراد باللفظ الطلاق، لم يقع، وإن امتنع عن اليمين حكم عليه بالطلاق.

واشترط الشافعية في نية الكناية اقترانها بكل اللفظ، فلو قارنت أوله، وغابت عنه قبل آخره، لم يقع طلاق.

ولو قال الزوج : «أنت طلاق» أو «أنت الطلاق» أو «أنت طالق طلاقاً» فيقع بها عند الحنفية والمالكية والحنابلة[1] طلقة واحدة رجعية إن لم ينو شيئاً، فإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث، فهي عندهم من الألفاظ الصريحة، لأنه صرح بالمصدر، والمصدر يقع على القليل والكثير، وإنه نوى بلفظه ما يحتمله.

وعند الشافعية[2] في الأصح : ليس قوله : أنت طلاق أو الطلاق، من الألفاظ الصريحة، بل هما كنايتان؛ لأن المصادر إنما تستعمل في الأعيان توسعاً.

ما عدا الصريح والكناية : ذكر المالكية[3] أن ما عدا التصريح والكناية من الألفاظ التي لا تدل على الطلاق، كقوله : اسقني ماء أو ما أشبه ذلك : فإن أراد به الطلاق، لزمه على المشهور، وإن لم يرده لم يلزمه.

الطلاق بالكتابة إلى الغائب :

اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة على التفصيل التالي : وعبارة الحنفية[4] : الكتابة إما مستبينة أو غير مستبينة، والكتابة المستبينة : هي الكتابة الظاهرة التي يبقى لها أثر كالكتابة على الورق والحائط والأرض. والكتابة غير المستبينة : هي التي لا يبقى لها أثر، كالكتابة على الهواء أو على الماء، وكل شيء لا يمكن فهمه وقراءته، وحكمها : أنه لا يقع بها طلاق وإن نوى.

أما الكتابة المستبينة فهي نوعان : كتابة مرسومة : وهي التي تكتب مصدَّرة ومعنونة باسم الزوجة وتوجه إليها كالرسائل المعهودة، كأن يكتب الرجل إلى زوجته قائلاً : إلى زوجتي فلانة، أما بعد فأنت طالق، وحكمها : حكم الصريح إذا كان اللفظ صريحاً، فيقع الطلاق ولو من غير نية.

---

(١) الدر المختار : ٥٩٤/٢، اللباب : ٤١/٣، المغني : ٢٣٧/٧، الشرح الصغير : ٥٥٩/٢.

(٢) مغني المحتاج : ٢٨٠/٣.

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٢٩.

(٤) الدر المختار ورد المحتار : ٥٨٩/٢.

وأما الكتابة غير المرسومة : فهي التي لا تكتب إلى عنوان الزوجة أو باسمها ولا توجه إليها كالرسائل المعروفة ، كأن يكتب الرجل في ورقة : « زوجتي فلانة طالق ». وحكمها حكم الكناية ولو كان اللفظ صريحاً ، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

والطلاق بالرسالة ، أي بإرسال رسول : هي أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان ، فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على النحو المكلف به ، وحكمها : حكم الطلاق الصريح باللفظ ، يقع عليها الطلاق ؛ لأن الرسول ينقل كلام المرسل ، فكان كلامه ككلامه[1] .

وعبارة المالكية[2] : من كتب الطلاق عازماً عليه ، لزمه إذا لم يكن متردداً فيه ، فإن كتب الطلاق عازماً عليه أو لم يكن له نية ، لزمه بمجرد كتابة « طالق » وإن لم يكن عازماً الطلاق حال الكتابة ، بل كان متردداً أو مستشيراً ، فلا يقع ما لم يخرج الكتاب من يده ، ويعطيه لمن يوصله ، فيصل إليها أو لوليها ، فإن أخرجه من يده عازماً الطلاق ، فيقع بمجرد إنفاذه ، ولو لم يصل . وإن أخرجه غير عازم ولم يصل ، فالأرجح عدم اللزوم .

ويلزم الطلاق بمجرد إرساله مع رسول ولو لم يصل ، فمتى قال للرسول : أخبرها بأني طلقتها ، لزمه الطلاق .

والخلاصة : أن العبرة في كتاب الطلاق النية .

وقال الشافعية[3] مثل المالكية : إذا كتب رجل طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينوه ، فهو لغو لم يقع به الطلاق ؛ لأن الكتابة تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان

---

(١) البدائع : ١٢٦/٣ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٣٠ ، الشرح الصغير : ٥٦٨/٢ .

(٣) المهذب : ٨٣/٢ ، مغني المحتاج : ٢٨٤/٣ وما بعدها .

الخط ، فلم يقع الطلاق بمجردها . وإن نوى الطلاق فالأظهر وقوعه ، ولا يقع الطلاق بالكتابة إلا في حق الغائب .

وإن كتب شخص في كتاب طلاق زوجته صريحاً أو كناية ، ونوى الطلاق ، ولكنه علق الطلاق ببلوغ الكتاب ، كقوله : «إذا بلغك كتابي ، فأنت طالق » ، فإنما تطلق ببلوغه لها ، مكتوباً كله ، مراعاة للشرط . فإن انمحى كله قبل وصوله ، لم تطلق ، كما لو ضاع .

وإن كتب الرجل : إذا قرأت كتابي فأنت طالق ، وكانت تقرأ ، فقرأته طلقت ، لوجود المعلقة عليه . وإن قرئ عليها فلا تطلق في الأصح ، لعدم قراءتها مع إمكان القراءة . وإن لم تكن قارئة ، فقرئ عليها ، طلقت ؛ لأن القراءة في حق الأمي محمولة على الاطلاع على ما في الكتاب ، وقد وجد ، بخلاف القارئة .

وكذلك قال الحنابلة[1] مثل الشافعية والمالكية : إذا كتب الرجل الطلاق ، فإن نواه طلقت زوجته ؛ لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، فإذا أتى فيها بالطلاق ، وفهم منها المراد ، ونواه ، وقع كالطلاق باللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام الكاتب ، بدليل أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته ، فحصل المقصود في حق البعض بالقول ، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق .

وإن كتب الطلاق من غير نية ، قيل : يقع ، وقيل : لا يقع إلا بنية ، وهو الظاهر .

وإن كتب بشيء لا يبين مثل : إن كتب الطلاق بأصبعه على وسادة أو في الهواء ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع .

---

(١) المغني : ٢٣٩/٧ وما بعدها ، غاية المنتهى : ١٥٨/٣ .

ورأيهم كالشافعية تماماً في اشتراط وصول الكتـاب دون أن ينمحي ذكر الطلاق، إذا علق الطلاق ببلوغه، وفي تعليقه بالقراءة.

والخلاصة: يقع الطلاق عند الجمهور بالكتابة مع النيـة، ويقع عنـد الحنفيـة في الكتابـة المرسومـة كالصريح، وفي غير المرسومـة كالكنـايـة تحتـاج إلى نيـة. ولا يقع الطلاق بالكتابة على الماء أو الهواء ونحوه بالاتفاق.

ومن طلق في قلبه لم يقع، وإن تلفظ به أو حرك لسانه، وقع ولو لم يسمعه.

الطلاق بالإشارة:

اتفق الفقهاء[1] على وقوع الطلاق بالإشارة المفهمـة بيـد أو رأس، المعهودة عنـد العجز عن النطق، كالأخرس ونحوه، دفعاً للحـاجـة، فـإذا طلق الأخرس بـالإشـارة طلقت زوجته.

لكن قال الحنفية: إذا كان الأخرس يحسن الكتابة، لا تجوز إشارته.

أمـا النـاطق القـادر على الكلام، فلا يصح عنـد الجمهور طلاقـه بـالإشـارة، كما لا يصح نكاحه بها، فلا يقع الطلاق بالإشـارة إلا في حق الأخرس، وقـال المـالكيـة: إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى نية، ويصح بها حينئذ الطلاق.

صيغة الطلاق في القانون السوري:

نصت المادة (١/٨٧) من هذا القانون على ما يلي: يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة.

ومعناها: أن الطلاق يقع بنفس الأسلوب الذي ينعقد به الزواج:

---

(١) الدر المختـار ورد المحتـار: ٥٨٤/٢، القوانين الفقهيـة: ص ٢٣٠، الشرح الصغير: ٥٦٨/٢، مغني المحتـاج: ٢٨٤/٣، المهذب: ٨٣/٢، المغني: ٢٣٨/٧ وما بعدها.

١ ـ فيقع بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة أو الموضوعة عرفاً للدلالة على الطلاق .

٢ ـ ويقع بالكتابة ، كأن يكتب لزوجته كتاباً يخبرها فيه بطلاقه لها .

٣ ـ ويقع من الأخرس أو معتقل اللسان بالإشارة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الخرس ، إذا كان عاجزاً عن الكتابة .

وأخذ القانون السوري برأي الحنفية في أن الطلاق يقع بلفظ صريح يدل عليه لغة كقوله أنت طالق ، أو عرفاً كقوله : أنت علي حرام ، وبألفاظ الكناية مع النية ، ونصت المادة (٩٣) على ذلك : « يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية ، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية » .

قدر الطلاق :

عدد الطلاق[1] : هو واحدة واثنتان وثلاث ، فإن صدر الطلاق مطلقاً ، أي بالصيغة فقط ، كأن قال الرجل : طلقتك أو أنت طالق ، وقعت طلقة واحدة ، عملاً بمقتضى الصيغة عند الحنفية ، ويقع ما نواه عند الجمهور . وإن نوى بكلامه عدداً معيناً كواحدة أو اثنتين ، أو صرح بعدد قرن بالطلاق ، وقع ما نواه أو ما صرح به من العدد ، فلو ماتت المرأة قبل تمام العدد ، لغا الطلاق عند الحنفية ؛ لأن الوقوع بالعدد ، ولو مات الزوج أو أخذ أحد فمه قبل ذكر العدد . وقع الطلاق واحدة عملاً بالصيغة ؛ لأن الوقوع بلفظه لا بقصده . وقال الشافعية أيضاً : لو ماتت المرأة قبل تمام كلمة « طالق » لم يقع شيء .

وتنفذ الطلقات الثلاث بالاتفاق ، سواء طلق الرجل المرأة واحدة بعد واحدة ،

---

(١) الدر المختار : ٥٨٨/٢ ، ٦٢٧ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٦ ، مغني المحتاج : ٢٩٤/٣ ، المغني : ٢٢٩/٧ ، ٢٧٨ ، ٢٨٠ ، غاية المنتهى : ١٢٧/٣ .

أم جمع الثلاث في كلمة واحدة بأن قال : أنت طالق ثلاثاً ، عند الجمهور خلافاً للظاهرية .

والمعول عليه عند الحنفية اعتبار عدد الطلاق بالنساء ، فطلاق الحرة ثلاث ، وطلاق الأمة ثنتان ، لقوله ﷺ : « طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان »[1] .

وعند الجمهور : المعتبر هو الرجال ، فللعبد طلقتان ، وللحر ثلاث طلقات ، لما روى الدارقطني مرفوعاً : « طلاق العبد اثنتان » وروي عن عثمان وزيد بن ثابت ، ولا مخالف لهما من الصحابة ، كما روى الشافعي .

والإسلام في أمر الزواج والطلاق التزم الحق والاعتدال ، وصحح أخطاء الجاهلية ، فقد كان النكاح في الجاهلية أربعة أنحاء[2] : النكاح المعروف بعقد بعد خطبة ، ونكاح الاستبضاع أي طلب الزوجة المباضعة وهو الجماع من رجل آخر بطلب زوجها ، ونكاح الرهط دون العشرة ، ثم تلحق المرأة الولد بمن أحبت منهم ، ونكاح البغايا ، ثم إلحاق الولد بواحد من الزناة بالقافة[3] .

وأما الطلاق ، فلم يكن مقيداً بعدد في الجاهلية ، قالت عائشة رضي الله عنها : « كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلق ، وهي امرأته ، إذا راجعها ، وهي في العدة ، وإن طلقها مائة أو أكثر ، حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك ، فتبينين مني ، ولا آويك أبداً ، قالت : وكيف ذلك ؟ قال : أطلق حتى إذا دنا أجلك ،راجعتك ، فأتت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فأنزل الله عز وجل : ﴿ الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان ﴾[4] [البقرة : ٢٢٩ -

(١) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة مرفوعاً ، وقال الترمذي : حديث غريب ، والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله وغيرهم .

(٢) رواه البخاري وأبو داود عن عروة عن عائشة (نيل الأوطار : ١٥٨/٦) .

(٣) القافة جمع قائف : وهو الذي يعرف شبه الولد بالوالد بالآثار الخفية .

(٤) تفسير ابن كثير : ٢٧١/١ .

٢٣٠]. فدلت الآية على أن عدد الطلقات ثلاث، وجعلت للزوج حق مراجعة زوجته بعد الطلقة الأولى والثانية، وبه حمى الإسلام المرأة من الضرر الذي كان يلحق بها، وراعى مصلحة الرجل حيث جعل للزوج حق الطلاق ثلاث مرات، وحرص الشرع على إبقاء العشرة بين الزوجين من طريق المراجعة مرتين فقط، لتحقق الكفاية فيهما لتدارك ما فرط، فقد يطلق الرجل لغضب سريع ثم يندم، وقد يطلق لسبب ثم يزول السبب، وقد يطلق لسوء عشرة المرأة، فتتألم من الفراق، وقد يكون لها أولاد، فتحرم من رؤيتهم، أو تتضايق من تربيتهم.

واشتراط التحليل، أي الزواج برجل آخر، لحل رجوع المرأة إلى المطلِّق بعد الطلقة الثالثة، يحمل الزوج على الإمساك عن إيقاع الطلقة الثالثة، ويدفعه إلى الحرص على إبقاء الزوجية؛ لأن الرجل بحكم الغيرة والحمية يأنف من مثل هذا الفعل، فكأنه في حكم الباب المسدود، وكأنه إحالة على شيء عسير الحصول بعيد التحقق.

ما الذي تعود به المرأة بعد التحليل؟

من طلق طلقة واحدة أو اثنتين، فنكحها زوج غيره، ودخل بها، ثم نكحها الأول، بنى الأول عند المالكية والشافعية والحنابلة[1] على ما كان من عدد الطلقات، أي فتعود إليه بما بقي له من الطلاق، فلو طلقها ثلاثاً ثم نكحها بعد زوج غيره، استأنف عدد الطلقات كنكاح جديد، أي فتعود له بطلقات ثلاث: لأن الزواج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث، ويهدم الثلاث؛ لأن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فيما دون الثلاث، فلا يغير حكم الطلاق، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث، فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني. وهذا رأي محمد أيضاً؛ لأنه لا إنهاء للحرمة قبل الثبوت.

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٢٦، مغني المحتاج: ٢٩٣/٣، المغني: ٢٦١/٧.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف[1] : الزواج الثـاني يهـدم مطلقـاً ، فتعود بطلقـات ثلاث للزوج الأول ، سواء أكان زواجها بزوج ثان بعد الطلقتين أم بعـد الثلاث ؛ لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل ، فيثبت حلاً يتسع لثلاث تطليقات كما يتسع لما دون الثلاث ؛ لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث ، فأولى أن يهدم ما دونها ، وقـد سمى النبي ﷺ الزوج الثاني محلِّلاً ، وهو المثبت للحل ، في حديث : « لعن الله المحلل والمحلل له »[2] .

عدد الطلاق في بعض الألفاظ :

اتفق الفقهاء على أن الطلاق لا يقع بـالنيـة من غير لفـظ ، واللفـظ الصـادر عن المطلِّق متنوع ، يتحدد عدد الطلاق فيه إما بالنية أو بالصيغـة أو بـالعـدد المقترن بـه صراحة . وهذه نماذج يعرف بها عدد الطلاق بالإضافة لما سبق بيانه .

١ـ اللفظ المُطْلَق : إذا خاطب الرجل امرأتـه بقولـه : أنت طـالق أو بـائن أو بتة : ففي رأي المالكية والشـافعيـة والحنـابلـة[3] : يقع مـا نواه ، فـإن نوى طلقتين أو ثلاثاً ، وقع ، لما روي أن رُكانَة بن عبد يزيد طلق امرأته سُهَيْمـة ألبتـة ، فـأخبر النبيَّ ﷺ بذلك ، فقال: والله ما أردتُ إلا واحدةً ، فقال رسول الله ﷺ : والله ما أردتَ إلا واحدة ؟ قال ركانة : والله ما أردتُ إلا واحدة ، فردهـا إليـه رسول الله ﷺ ، وطلقهـا الثانية في زمان عمر بن الخطاب ، والثالثة في زمن عثمان[4] .

---

(١) فتح القدير : ١٧٨/٣ .

(٢) روي من حديث ابن مسعود عند الترمذي والنسائي ، وحديث علي عند أبي داود والترمذي وابن ماجه ، وحديث جابر عند الترمذي ، وحديث عقبة بن عامر عند ابن ماجه ، وحديث أبي هريرة عند أحمد والبزار وحديث ابن عباس عند ابن ماجه ، كلها بلفظ « لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له » إلا حديث عقبة فهو بلفظ : « لعن الله المحلل والمحلل له » (نصب الراية : ٢٣٨/٣ ـ ٢٤٠) .

(٣) المهذب : ٨٤/٢ ، غاية المنتهى : ١٢٧/٣ ، الشرح الصغير : ٥٦٠/٢ .

(٤) رواه الشافعي وأبو داود والترمذي ، وقال أبو داود : هذا حديث حسن صحيح ، وصححه أيضاً ابن حبان والحاكم (نيل الأوطار : ٢٢٦/٦) .

وفي رأي الحنفية[1] : يقع الطلاق عند عدم العدد بالصيغة ، وقول الرجل : أنت طالق ألبتة ، من كنايات الطلاق التي يقع بها الطلاق عندهم بائناً ؛ لأنه اقترن بوصف الشدة أو القوة أو بما يفيد البينونة .

٢ـ **تحديد المقصود بالإشارة :** إن قال الرجل لامرأته : أنت طالق هكذا ، وأشار بثلاث أصابع ، وقع الثلاث عند الشافعية والمالكية والحنابلة[2] ؛ لأن الإشارة بالأصابع مع قوله « هكذا » بمنزلة النية في بيان العدد . وإن قال : أردت بعدد الأصبعين المقبوضتين ، قبل قوله ؛ لأنه يحتمل ما يدعيه . ولو قال : أنت طالق وأشار بالأصابع ، ولم يقل « هكذا » وقال : أردت واحدة ولم أرد العدد فهي واحدة ، أي يقبل قوله ؛ لأنه يحتمل ما يدعيه .

وكذلك يقع ثلاثاً بالإشارة عند الحنفية[3] ؛ لأن الطلاق الثلاث يقع عندهم إذا كان مقروناً بعدد الثلاث نصاً أو إشارة ، أو موصوفاً بصفة تنبئ عن البينونة أو ما يدل عليها .

٣ـ **واحدة في اثنتين :** قرر الشافعية عملاً بمبدئهم في تحكيم النية[4] : إن قال الرجل : أنت طالق واحدة في اثنتين ، فإن نوى طلقة واحدة مع اثنتين ، وقعت ثلاث ؛ لأن « في » تستعمل بمعنى « مع » لقوله عز وجل : ﴿ فادخلي في عبادي وادخلي جنتي ﴾ أي مع عبادي . فإن لم يكن له نية : فإن لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه في الحساب ، طلقت طلقة واحدة بقوله : « أنت طالق » ولا يقع بقوله : « في اثنتين » شيء ؛ لأنه لا يعرف مقتضاه ، فلم يلزمه حكمه كالأعجمي إذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه . وإن نوى مقتضاه في الحساب وهو غير عالم به ، فالمذهب أنه لا يقع

---

(١) الدر المختار : ٦١٧/٢ ، ٦٢٧ .

(٢) المهذب : ٨٤/٢ ، غاية المنتهى : ١٢٨/٣ .

(٣) رد المحتار : ٥٩٢/٢ ، ٦١٥ .

(٤) المهذب : ٨٤/٢ .

إلا طلقة واحدة ؛ لأنه إذا لم يعلم مقتضاه، لم يلزمه حكمه كالأعجمي إذا طلق بالعربية، وهو لا يعلم وقال: أردت مقتضاه في العربية.

فإن كان عالماً بالحساب: فإن نوى موجبه في الحساب، طلقت طلقتين لأنه موجبه في الحساب طلقتان. وإن لم يكن له نية، فالمنصوص أنها تطلق طلقة؛ لأن هذا اللفظ غير متعارف عند الناس، ويحتمل طلقة في طلقتين واقعتين، ويحتمل طلقة في طلقتين باقيتين، فلا يجوز أن يوقع بالشك.

ومذهب الحنفية[1]: يقع بقوله: «واحدة في ثنتين» طلقة واحدة إن لم ينو أو نوى الضرب؛ لأنه يكثر الأجزاء لا الأفراد، وإن نوى واحدة وثنتين فيقع ثلاثاً في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها.

٤ ـ طالق طلقة بل طلقتان: رأى الشافعية[2]: أنه إن قال: أنت طلقة طلقة، بل طلقتان، ففيه وجهان: أحدهما ـ يقع طلقتان، كما إذا قال: له علي درهم، بل درهمان، لزمه درهمان. والوجه الثاني ـ يقع الثلاث؛ لأن الطلاق إيقاع، فلا يجوز أن يوقع الطلاق الواحد مرتين، فحمل على طلاق مستأنف.

٥ ـ اقتران الطلاق بلفظ الثلاث، وتكراره:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية[3] على أنه إذا قال الرجل لغير المدخول بها: «أنت طالق ثلاثاً» وقع الثلاث؛ لأن الجميع صادف الزوجية، فوقع الجميع، كما لو قال ذلك للمدخول بها.

واتفقوا أيضاً على أنه إن قال الزوج لامرأته: «أنت طالق، أنت طالق، أنت

---

(١) الدر المختار: ٦٠٣/٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المهذب: ٨٤/٢، اللباب: ٤٩/٣، الدر المختار: ٦٣٢/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٢٩، مغني المحتاج: ٢٩٧/٣، المغني: ٢٣٣/٧ ـ ٢٣٥، المحلى: ٢١٣/١٠، مسألة ١٩٥١، و ١٩٥٢.

طالق » وتخلل فصل[1] بينها ، وقعت الثلاث ، سواء أقصد التأكيد أم لا ؛ لأنه خلاف الظاهر . وإن قال : قصدت التأكيد صدق ديانة ، لا قضاء .

وإن لم يتخلل فصل : فإن قصد تأكيد الطلقة الأولى بالأخيرتين ، فتقع واحدة ؛ لأن التأكيد في الكلام معهود لغة وشرعاً . وإن قصد استئنافاً أو أطلق (بأن لم يقصد تأكيداً ولا استئنافاً) ، تقع الثلاث ، عملاً بظاهر اللفظ .

وكذا تطلق ثلاثاً إن قال : أنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق ، أو عطف بالواو أو بالفاء .

٦ـ تطليق الجماعة : لو قال الرجل لنسائه الأربع : أوقعت عليكن أو بينكن طلقة ، فمذهب الحنفية والشافعية[2] : طلقت كل واحدة منهن طلقة ؛ لأنه يخص كل واحدة منهن ربع طلقة ، وتكمل بالسراية . وكذا إن قال : بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع ، وقع على كل واحدة طلقة ، إلا أن ينوي قسمة كل واحدة منهن ، بأن قال : أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطلقات ، فتطلق كل واحدة ثلاثاً ؛ لأنه مقر على نفسه بما فيه تغليظ ، واللفظ محتمل له .

وإن قال : بينكن خمس طلقات ، وقع على كل واحدة طلقتان ، وهكذا إلى ثمان تطليقات . فإن زاد عليها ، بأن قال : أوقعت عليكن تسعاً ، طلقت كل واحدة ثلاثاً .

وإن قال : أوقعت بينكن نصف طلقة ، وثلث طلقة ، وسدس طلقة ، طلقت كل واحدة ثلاثاً ؛ لأنه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن ، ثم يكمل .

أما إن قال الرجل لنسائه : إحداكن طالق أو قال لإحدى امرأتيه : إحداكما طالق ، طلقت واحدة ، ويرجع إلى تعيينه اتفاقاً[3] .

---

(١) المراد بالفصل : أن يسكت فوق سكتة النفَس .

(٢) الدر المختار : ٦٣٠/٢ وما بعدها ، المهذب : ٨٥/٢ .

(٣) المغني : ٣٤٠/٦ .

٧ـ الطلاق ملء الدنيا أو أشد الطلاق : مذهب الشافعية والحنابلة[1] : إن قال الرجل لامرأته : أنت طالق ملء الدنيا ، أو أنت طالق أطول الطلاق أو أعرضه ، وقعت طلقة ؛ لأن شيئاً مما ذكر لا يقتضي العدد ، وقد تنصف الطلقة الواحدة بالمذكور كله .

وإن قال : أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه ، وقعت طلقة ؛ لأنه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ عليه ، لتعجلها أو لحبه لها أو لحبها له ، فلم يقع ما زاد بالشك . ومذهب الحنفية : تقع طلقة واحدة بائنة .

وإن قال : أنت طالق كل الطلاق أو أكثره ، وقع الثلاث ؛ لأنه كل الطلاق وأكثره ، وهذا متفق عليه .

وإن قال : أنت طالق على مذهب السنة والشيعة واليهود والنصارى أو على سائر المذاهب أو أنت طالق لا يردك عالم ولا قاض ، وقعت طلقة واحدة راجعية . وهذا باتفاق المذاهب[2] .

٨ـ طلقة قبل طلقة أو بعدها طلقة :

يرى الشافعية[3] : أنه لو قال : « طلقة قبل طلقة » أو « بعدها طلقة » أو « طلقة بعد طلقة » أو « قبلها طلقة » ، فتقع طلقتان في المدخول بها ، وطلقة في غير المدخول بها ، إذ مقتضاه في المدخول بها إيقاع طلقتين : إحداهما في الحال ، وتعقبها الأخرى ، أما في غير المدخول بها فتبين في الطلقة الأولى ، فلم تصادف الثانية محلاً وهو النكاح .

ولو قال : « طلقة في طلقة » وأراد « مع » فيقع طلقتان كما في قوله تعالى :

---

(١) غاية المنتهى : ١٢٩/٣ ، المهذب : ٨٥/٢ .

(٢) الدر المختار : ٦١٨/٢ ، ٦٣١ ، ٦٣٣ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٩٧/٣ وما بعدها ، المهذب : ٨٦/٢ .

﴿ ادخلوا في أمم ﴾ ، وإن أراد الظرف أو الحساب ، أو أطلق ، فتقع طلقة واحدة في الجميع ، إذ مقتضى الظرف والحساب واحدة .

ولو قال : « أنت طالق نصف طلقة » فتقع طلقة بكل حال من إرادة المعية أو الظرف أو الحساب أو عدم إرادة شيء ؛ لأن الطلاق لا يتجزأ .

ولو قال : « أنت طالق طلقة في طلقتين » وقصد بـ « في » معية ، فتقع ثلاث ، وإن قصد ظرفاً فواحدة ، أو حساباً وعرفه ، فثنتان . وإن جهله وقصد معناه فطلقة .

ويتفق الحنابلة[1] مع الشافعية في قول الرجل : « أنت طالق طلقة قبلها طلقة » ونحوه ، يقع طلقتان في المدخول بها ، وطلقة في غير المدخول بها . وإن قال : « أنت طالق طلقة بعدها طلقة » وقال : أردت أني أوقع بعدها طلقة ، يصدق ديانة ، وهل يصدق قضاءً ؟ خلاف ، الصحيح أنه إن وجد له طلاق في نكاح آخر ، أو من زوج قبله ، صدق ، وإن لم يوجد لا يقبل قوله ؛ لأنه لا يحتمل ما قاله .

ووافق الحنفية[2] الشافعية أيضاً في قول الرجل : « أنت طالق واحدة قبلها واحدة » أو قال : « واحدة بعد واحدة » أو « مع واحدة أو معها واحدة » تقع طلقتان ؛ لأن في المثال الأول الملفوظ به أولاً موقع آخراً ؛ لأنه أوقع واحدة ، وأخبر أن قبلها واحدة سابقة ، فوقعتا معاً ؛ لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال . وفي المثال الثاني أوقع في الحالة الأولى طلقة واحدة وأخبر أنها بعد واحدة سابقة ، وأما في الحالتين الأخيرتين ؛ فلأن « مع » للمقارنة ، فكأنه قرن بينهما ، فوقعتا .

أما لو قال : « أنت طالق واحدة قبل واحدة » فتقع واحدة ؛ لأن الملفوظ به أولاً

---

(١) المغني : ٢٣١/٧ وما بعدها .

(٢) اللباب مع الكتاب : ٤٩/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٦٢٨/٢ .

موقع أولاً ، فتقع الأولى لا غير؛ لأنه أوقع واحدة ، وأخبر أنها قبل أخرى ستقع ، وقد بانت بهذه ، فلغت الثانية . وكذا إن قال : « واحدة بعدها واحدة » وقعت واحدة أيضاً ؛ لأن الملفوظ به أولاً موقع أولاً ، فتقع الأولى لا غير، لأنه أوقع واحدة ، وأخبر أن بعدها أخرى ستقع .

وإن قال لها : «إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة » أو « فواحدة » فدخلت الدار، وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة ؛ لأن المعلق بالدخول كالمنجز، في حالة تقديم الشرط . فإن أخر الشرط يقع ثنتان ؛ لأن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام ، فيتوقف عليه ، فيقعن جملة ، أما إن تقدم الشرط فتقع طلقة واحدة ، لتعلقها بالشرط دفعة واحدة .

وإذا قال لها : أنت طالق بمكة ، فهي طالق في الحال في كل البلاد ، وكذلك إن قال : أنت طالق في الدار، تطلق في الحال ؛ لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان ، كما أبان الحنفية . وإن عنى به «إذا أتيت مكة » يصدق ديانة لا قضاء ؛ لأنه نوى الإضمار، وهو خلاف الظاهر.

وإن قال لها : أنت طالق إذا دخلت مكة ، لم تطلق حتى تدخل مكة ؛ لأنه علقه بالدخول .

وإن قال لها : أنت طالق غداً ، وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، فيقع في أول جزء منه . ولو نوى آخر النهار، صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى التخصيص في العموم ، وهو يحتمله مخالفاً لظاهر الكلام .

٩ ـ الطلاق غير المعين : قال الحنفية[1] : لو قال : امرأتي طالق ، وله امرأتان أو ثلاث ، تطلق واحدة منهن ، وله خيار التعيين .

---

(١) الدر المختار : ٦٢٩/٢ ـ ٦٣٣ وما بعدها ، المغني : ١٦٩/٧ ـ ١٧٠ .

ولو قال: «نساء الدنيا طوالق» لم تطلق امرأته. أما لو قال: نساء المحلة والدار والبيت، فتطلق امرأته، ولو قال: نسائي طوالق، ولا نية له، طلقن كلهن بغير خلاف؛ لأن لفظه عام.

ولو قالت امرأة لزوجها: طلقني، فقال: فعلت أي طلقت بقرينة الطلب، طلقت واحدة. فإن قالت: زدني، فقال: فعلت، طلقت أخرى. ولو قالت: طلقني، طلقني، طلقني، فتقع واحدة إن لم ينو الثلاث. ولو عطفت بالواو، فثلاث؛ لأنه قرينة التكرار، فيطابقه الجواب.

ولو قالت: طلقت نفسي، فأجاز، طلقت؛ لأنه يملك إنشاء الطلاق عليها، فيملك الإجازة التي هي أضعف، بالأولى. وكذا لو قالت: أبنت نفسي، فأجاز، طلقت إن نوى ولو ثلاثاً. أما لو قالت المرأة: اخترت نفسي منك، فقال الزوج: أجزت، ونوى الطلاق، لا يقع شيء؛ لأن قولها «اخترت» لم يوضع للطلاق، لا صريحاً ولا كناية.

١٠ـ عدد الطلاق في ألفاظ الكناية عند المالكية:

الكناية عند المالكية ظاهرة ومحتملة[١]:

أما الكناية المحتملة: فهي كقول الرجل لامرأته: الحقي بأهلك، واذهبي، وابعدي عني وما أشبه ذلك. فهذا لا يلزمه الطلاق إلا إن نواه. فإن قال: إنه لم ينو الطلاق، قبل قوله فيه.

وأما الكناية الظاهرة: فهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة، كلفظ التسريح والفراق، وكقوله: أنت بائن، أو بتة، أو بتلة، وما أشبه ذلك. وحكمها حكم الصريح. وهي سبعة أنواع:

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٢٩، الشرح الصغير: ٥٦٠/٢ ـ ٥٦٥.

الأول : ما يلزم فيه طلقة واحدة ، إلا إن نوى أكثر في المرأة المدخول بهـا ، وهو : «اعتدّي» وأما غير المدخول بها فلا عدة عليها ، فإن قال لها : اعتدي ، فهو من الكناية الخفية أو المحتملة ، لا يقع إلا بنية .

الثاني : ما يلزم فيه الثلاث مطلقاً وهو : بتة ، و : حبلك على غاربك .

الثالث : ما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها ، وواحدة في غيرهـا إن لم ينو أكثر، فإن نوى ثلاثاً لزمه ، أو أقل لزمه ما نواه ، وهو أنت طالق واحدة بائنة .

الرابع : ما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها ، وغيرها إن لم ينو أقل ، وهي ميتـة ونحوها ، كأن يقول لها : أنت علي كالميتة أو الدم أو لحم الخنزير ، أو وهبتـك لأهلـك ، أو رددتُـك أو لا عصمـة لي عليـك ، وأنت حرام ، أو خليـة لأهلـك أي من الـزوج ، أو بريّة ، أو خالصة ، أي مني لا عصمة لي عليك ، أو بائنة ، أو أنا بـائن منـك ، أو خلي أو بري أو خالص .

الخامس : ما يلزم فيه الثلاث مطلقاً ، مالم ينو أقل ، وهو : خليت سبيلك .

السادس : ما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها ، وينوي في غيرها ، وهو «وجهي من وجهـــك حرام» أو «وجهي على وجهـــك حرام» فـلا فرق بين «من» و «على» ومثله : لا نكاح بيني وبينـك ، أو لا ملـك لي عليـك ، أو لا سبيل لي عليـك ، فيلزمـه الثلاث في المدخول بها فقط ، إلا إن كان الكلام لعتاب ، فلا شيء عليه .

السـابع : مـا يلزم فيـه واحـدة مطلقـاً سواء دخل أم لا إلا لنيـة أكثر، وهـو: فارقتك ، يقع بها طلقة رجعية في المدخول بها .

وكل ذلـك مـا لم تـدل القرائن على عـدم إرادة الطلاق ، فيصـدق الرجل في نفي الطلاق إن دلت القرينـة على النفي في جميع الكنـايـات الظـاهرة . والحـاصـل : أن لفظي «اعتدي وفارقتك» يقع بها طلقة واحـدة ، وبقيـة ألفـاظ الكنـايـة الظـاهرة المذكورة يقع بها الثلاث .

١١ ـ الطلاق المقيد بالاستثناء :

ذهب علماء المذاهب الأربعة[١] : إلى أنه إذا استثنى المطلِّق بلسانه صح ، ولم يقع ما استثناه . فإذا قال الرجل لامرأته : «أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة» تطلق طلقتين . وإذا قال : «أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين» طُلِّقت واحدة .

وإذا قال : «أنت طالق ألبتة إلا ثنتين إلا واحدة» يلزمه اثنتان ؛ لأن «ألبتة» ثلاث ، والاستثناء من الإثبات نفي ، ومن النفي إثبات ، فأخرج من «ألبتة» اثنتين ، ثم أخرج منها واحدة ، تضم للواحدة الأولى ، واشترط الفقهاء لصحة الاستثناء الاتصال في الكلام ، أي اتصال لفظ المستثنى بالمستثنى منه عرفاً بحيث يعد كلاماً واحداً ، ولا يضر فصل يسير كتنفس ونحوه كسعال وعطاس .

واشترطوا أيضاً عدم استغراق المستثنى المستثنى منه ، فلو قال : «أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً» لم يصح الاستثناء ، وطلقت ثلاثاً بلا خلاف ؛ لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثُنيا ، ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه .

واشترط الشافعية في الأصح والحنابلة : أن ينوي الاستثناء قبل فراغ اليمين أي قبل تمام المستثنى منه ؛ لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها . واشترطوا أيضاً في التلفظ بالاستثناء إسماع نفسه عند اعتدال سمعه ، فلا يكفي أن ينويه بقلبه من غير أن يسمع نفسه .

وبناء عليه يكون للاستثناء أحوال ثلاثة :

أ ـ استثناء القليل من الكثير : يصح بالاتفاق ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وتقع ثنتان ، ومن قال : أنت طالق أربعاً إلا اثنتين ، لزمه اثنتان .

---

(١) الأحوال الشخصية للأستاذ زكي الدين شعبان : ص ٣٧٨ .

ب ـ استثناء العدد بعينه: مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، أو أنت طالق اثنتين إلا اثنتين، طلقت ثلاثاً في الأول، واثنتين في الثاني، وكذا لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة وطلقة، يقع ثلاثاً؛ لأنه استثناء الكل من الكل.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين وواحدة، وقعت واحدة، ويلغو ما حصل به الاستغراق. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة، وقعت الثلاث.

جـ ـ استثناء الأكثر من الأقل: مثل أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، صح الاستثناء عند الجمهور وتقع طلقة واحدة. وقال أحمد في الأصح: الاستثناء لا يصح؛ لأن الاثنتين أكثر الثلاث.

ويصح الاستثناء من الاستثناء مثل: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، ويقع به طلقتان؛ لأن الاستثناء في الأصح ينصرف إلى الملفوظ به؛ لأنه لفظ فيتبع به موجب اللفظ.

المبحث الثالث ـ قيود إيقاع الطلاق شرعاً:

قيد الشرع الطلاق بقيود شرعية منعاً للشطط والتسرع، وحفظاً على الرابطة الزوجية؛ لأن هذا الرباط مقدس، يختلف عن كل العقود الأخرى، ولأن الطلاق يؤثر تأثيراً بالغاً في حياة المرأة، فإن جوهر ما تملكه أصبح هدراً، وربما عاشت أيِّماً لا تتزوج أبداً، وفي التأيم غالباً مفاسد كثيرة أو تعريض للفساد والشر والمعصية.

فإن توافرت هذه القيود كان الطلاق موافقاً للشرع لا إثم فيه، وإن فقد واحد منها كان إيقاعه موجباً للإثم والسخط الإلهي.

والقيود ثلاثة[1]:

---

(١) فتح القدير: ١٤٧/٣، اللباب: ٥٣/٣، بداية المجتهد: ٨٠/٢، الشرح الصغير: ٥٧٦/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٠٠/٣ وما بعدها، المهذب: ٨٦/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ٣٠٥/٥ ـ ٣٠٩، المغني: ١٦٠/٧ ـ ١٦٤.

١ً ـ أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة .
٢ً ـ أن يكون في طهر لم يجامعها فيه .
٣ً ـ أن يكون مفرّقاً ليس بأكثر من واحدة .

ونبحث هذه القيود وأثر مخالفتها عند فقهائنا :

أولاً ـ أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعاً وعرفاً :

يرى الحنفية في أصل المذهب[1] كما بينا سابقاً : أن الأصل في الطلاق هو الإباحة ، لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه ، مثل قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ وقوله : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ ولأن الرسول ﷺ طلق حفصة ، وفعله الصحابة ، ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه .

ونوقشت هذه الأدلة ، أما الآية الأولى فهي لبيان إباحة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر ، وأما الآية الثانية فبيان وقت الطلاق المفضل شرعاً وهو وقت ابتداء أو استقبال العدة . وأما طلاق حفصة وطلاق بعض الصحابة ، فلم يثبت أنه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه . والظاهر هو أنه لحاجة ؛ لأن الطلاق لغير حاجة كفر بنعمة الزواج ، وإيذاء محض بالزوجة وأهلها وأولادها .

ويرى الجمهور غير الحنفية منهم الكمال بن الهمام وابن عابدين[2] : أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وخلاف الأولى ، والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها أحداً ، لما فيه من قطع الألفة ، وهدم سنة الاجتماع ، والتعريض للفساد ، ولقوله تعالى : ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ﴾ وللحديث السابق :

---

(١) الدر المختار : ٥٧١/٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٢١/٣ ـ ٢٢ .
(٢) الدسوقي : ٣٦١/٢ ، المهذب : ٧٨/٢ ، كشاف القناع : ٢٦١/٥ ، المغني : ٩٧/٧ وما بعدها .

«أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وحديث: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»[1] ففيه دليل على أن سؤال المرأة الطلاق من زوجها محرم عليها تحريماً شديداً؛ لأن من لم يرح رائحة الجنة غير داخل لها أبداً، وكفى بذنب يبلغ بصاحبه إلى ذلك المبلغ مشيراً إلى فظاعته وشدته، كما قال الشوكاني[2].

وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة، ولمخاطر الطلاق المتعددة، قال ابن عابدين: الأصل في الطلاق الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقاً، وسفاهة رأي، ومجرد كفران النعمة، وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها.

وإذا وجدت الحاجة المبيحة وهي أعم من الكبر والريبة، أبيح الطلاق، وعليها يحمل ما وقع منه ﷺ ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة، صوناً لهم من العبث والإيذاء بلا سبب.

أثر مخالفة هذا القيد: إذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه، فإنه يقع بالاتفاق، ولكن المطلِّق يأثم؛ لأن الحاجة قد تكون تقديرية، أو نفسية خفية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء، وقد تكون مما يجب ستره، حفظاً لسمعة المرأة ومنعاً من التشهير بها. لهذا كان الأصح ألا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة، بسبب كون الطلاق تعسفاً، ويكتفى بما يقرره الشرع بدفع مؤخر الصداق، ونفقة العدة، والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.

---

(١) وفي حديث آخر رواه الطبراني عن أبي موسى: «لاتطلقوا النساء إلا من ريبة، فإن الله لايحب الذواقين ولا الذواقات» لكنه ضعيف.

(٢) نيل الأوطار: ٢٢١/٦.

ثانياً ـ أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه :

هذا القيد متفق عليه بين الفقهاء[1] ، فإذا أوقع الزوج الطلاق في حال الحيض أو النفاس ، أو في طهر جامعها فيه ، كان الطلاق عند الجمهور حراماً شرعاً وعند الحنفية مكروهاً تحريمياً ، وهو المسمى طلاقاً بدعياً ، واقتصر المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس ، ويكره في غيرهما . ودليل هذا القيد : أن ابن عمر طلق امرأته ،وهي حائض ، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ ، فقال : « مُرْه ، فليراجعها أو ليطلّقْها طاهراً أو حاملاً »[2] . وفي رواية عنه : « أنه طلق امرأة له وهي حائض ، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ ، فتغيَّظ فيه رسول الله ﷺ ثم قال : ليراجعْها ، ثم يمسكْها حتى تطهُر ، ثم تحيض فتطهر ، فإن بدا له أن يطلّقها ، فليطلقها قبل أن يمسها ، فتلك العدة كما أمر الله تعالى » . وفي لفظ : « فتلك العدة التي أمر الله أن يُطلَّق لها النساء » فهو يدل على أن الطلاق جائز حال الطهر الذي لم يجامع فيه .

وهذا متفق مع الآية القرآنية : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء ، فطلقوهن لعدتهن ﴾ أي مستقبلات عدتهن .

والسبب هو عدم إطالة العدة على المرأة ، ففي الطلاق في أثناء الحيض أو في طهر جامعها فيه ضرر بالمرأة بتطويل العدة عليها ؛ لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لا تحتسب من العدة ، وزمان الحيض زمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة .

وبه يتبين أن الطلاق البدعي يكون للمرأة التي دخل بها زوجها ، وكانت ممن تحيض ، أما التي لم يدخل بها الزوج أو كانت حاملاً أو لا تحيض ، فلا يكون طلاقها بدعياً قبيحاً شرعاً ، قال ابن عباس : الطلاق على أربعة أوجه : وجهان حلال ،

---

(١) فتح القدير : ٢٨/٣ ـ ٣٤ ، الشرح الصغير : ٥٣٧/٢ ، مغني المحتاج : ٣٠٧/٣ وما بعدها ، المغني : ٩٨/٧ ـ ١٠٣ .

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عمر (نيل الأوطار : ٢٢١/٦) .

ووجهان حرام، فأما اللذان هما حلال: فأن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع، أو يطلقها حاملاً مستبيناً حملها، وأما اللذان هما حرام: فأن يطلقها حائضاً أو يطلقها عند الجماع، لا يدري، اشتمل الرحم على ولد أم لا[1].

أثر مخالفة هذا القيد: يقع الطلاق باتفاق المذاهب الأربعة في حال الحيض أو في حال الطهر الذي جامع الرجل امرأته فيه؛ لأن النبي ﷺ أمر ابن عمر بمراجعة امرأته التي طلقها، وهي حائض، والمراجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق، ويؤيده رواية: «وكان عبد الله طلَّق تطليقة، فحسبت من طلاقها».

وقال الشيعة الإمامية والظاهرية وابن تيمية وابن القيم[2]: يحرم الطلاق في أثناء الحيض أو النفاس أو في طهر وطئ الرجل زوجته فيه، ولا ينفذ هذا الطلاق البدعي، بدليل ما يأتي:

١ ـ ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي عن ابن عمر بلفظ: «طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض، قال عبد الله: فردها علي رسول الله ﷺ ولم يرها شيئاً» وهذا الحديث صحيح كما صرح به ابن القيم وغيره.

ونوقش بأنه قد أعل هذا الحديث بمخالفة أبي الزبير لسائر الحفاظ، وقال ابن عبد البر: قوله «ولم يرها شيئاً»: منكر لم يقله غير أبي الزبير، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله، فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه، ولو صح فمعناه عندي ـ والله أعلم ـ ولم يرها شيئاً مستقيماً، لكونها لم تكن على السنة.

وقال الخطابي: وقد يحتمل أن يكون معناه: ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة، أو لم يرها شيئاً جائزاً في السنة.

---

(١) رواه الدارقطني (المرجع السابق: ص ٢٢٢).

(٢) المختصر النافع في فقه الإمامية: ص ٢٢١، نيل الأوطار: ٢٢٦/٦، المحلى: ١٩٧/١٠، مسألة ١٩٤٩، ١٩٥٣.

٢ً ـ حديث: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[1] والطلاق في حال الحيض مخالف لأمر الشارع، فيكون مردوداً لا أثر له. ونوقش بأن المردود هو بسبب مخالفة ركن أو شرط من أركان أو شروط العمل. وأما المخالفة بسبب تطويل العدة أو عدم وجود الحاجة إلى الطلاق، فليس أحدهما ركناً أو شرطاً للطلاق، فلا تستوجب الرد وعدم وقوع الطلاق.

٣ً ـ هذا الطلاق منهي عنه شرعاً غير مأذون فيه، فلا يكون مملوكاً للزوج كالوكيل بالطلاق إذا خالف أمر الموكل، فإن طلاقه لا يقع، والمنهي عنه لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد، والفاسد لا يثبت حكمه.

وأجيب بأن النهي عن الطلاق في الحيض ونحوه ليس راجعاً إلى نفس الطلاق، ولا إلى صفة من صفاته، وإنما هو راجع إلى أمر خارج عن المنهي عنه، وهو عدم الحاجة إلى الطلاق، أو ما يترتب عليه من إيذاء الزوجة بإطالة العدة، والنهي لأمر خارج عن المنهي عنه لا يدل على فساده إذا وقع، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة. والقياس على الوكيل قياس مع الفارق؛ لأن الوكيل في الطلاق مجرد سفير ومعبر عن الموكل، فلا يملك غير ما فوض إليه، أما الزوج فلا يوقع الطلاق نيابة عن غيره ولا عن الله عز وجل، وإنما يوقعه عن نفسه.

٤ ـ هناك مرجحات لهذا الرأي بعدم الوقوع من القرآن، منها قوله تعالى: ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ والمطلق في حال الحيض أو الطهر الذي وطئ فيه، لم يطلق لتلك العدة التي أمر الله بتطليق النساء لها، وقد تقرر في الأصول أن الأمر بالشيء نهي عن ضده.

ومنها قوله تعالى: ﴿ الطلاق مرتان ﴾ ولم يرد إلا المأذون، فدل على أن ماعداه

---

(١) رواه مسلم وأحمد عن عائشة، وهو صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه أمر الرسول ﷺ.

ليس بطلاق، لما في هذا التركيب من الصيغة الصالحة للحصر أي تعريف المسند إليه باللام الجنسية.

ومنها قوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ ولا أقبح من التسريح الذي حرمه الله.

وأقول: إن هذه إرشادات لما هو الأفضل، وليس فيها دلالة على عدم وقوع الطلاق، بل المقرر في السنة وقوع الطلاق، مع مخالفة هذه الإرشادات.

وفي تقديري أن رأي الجمهور أرجح، لضعف أدلة الفريق الثاني، وقد اتفق الجمهور على أن الزوج يؤمر بمراجعة الزوجة إن طلق في الحيض أو في طهر جامعها فيه، وهذه المراجعة واجبة عند المالكية، وفي الأصح عند الحنفية، وإذا امتنع الزوج عن المراجعة أجبره الحاكم في رأي المالكية عليها بالحبس أو بالضرب حتى يراجع، فإن لم يراجع ارتجعها الحاكم عليه. ولا يقول الحنفية بصحة الرجعة من الحاكم، وإنما للحاكم معاقبة الزوج إن لم يرتجع بما يراه زاجراً؛ لأن كل معصية لا حد ولا كفارة فيها، فالواجب فيها التعزير.

وتستحب المراجعة عند الشافعية والحنابلة، ولا تجب؛ لأن الزوج بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق، ولأنه طلاق لا يرتفع بالرجعة، فلم تجب عليه الرجعة فيه.

ثالثاً ـ أن يكون الطلاق مفرقاً ليس بأكثر من واحدة:

اتفق الفقهاء[1] على أن الطلاق السني المشروع هو الواقع بالترتيب مفرقاً، الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاث دفعة واحدة، لظاهر قوله تعالى: ﴿الطلاق

---

(١) فتح القدير: ٣٥/٣، بداية المجتهد: ٦٠/٢ وما بعدها، المهذب: ٧٨/٢، مغني المحتاج: ٣١١/٣ وما بعدها، المغني: ١٠٤/٧.

مرتان ﴾ أي أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاثة بكلمة واحدة، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد، يكون بدعياً محظوراً في قول الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم. ولا يحرم ولا يكره عند الشافعية والحنابلة في الراجح من الروايات، وعند أبي ثور وداود الظاهري وإنما يكون تاركاً للاختيار والفضيلة.

ويؤيد الرأي الأول ما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان، ثم قال: «أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله، ألا أقتله»[1] ويؤكده ما سبق معرفته عند جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر، ولكنه أبيح للحاجة الاستثنائية لتنافر الطباع وتباين الأخلاق أو لغيرها من الأسباب، وتتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة، ويتمكن بعدها من مراجعة زوجته عند الندم، وهو الغالب.

أثر مخالفة هذا القيد:

إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة أو بكلمات في طهر واحد، يكون آثماً مستحقاً لعقوبة يراها القاضي، لكن الطلاق يقع ثلاثاً في المذاهب الأربعة.

أقوال الفقهاء في الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

للفقهاء آراء ثلاثة في جمع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة هي[2]:

الأول- قول الجمهور منهم أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية: يقع به ثلاث طلقات، وهو منقول عن أكثر الصحابة منهم الخلفاء الراشدون عدا أبي بكر،

---

(١) قال ابن كثير: إسناده جيد، وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام: رواته موثوقون (نيل الأوطار: ٦/٢٢٧).

(٢) المراجع السابقة، المختصر النافع: ص ٢٢٢، المحلى: ١٠/٢٠٤، مسألة ١٩٤٩.

والعبـادلـة الأربعـة (ابن عمر، وابن عمرو، وابن عبـاس، وابن مسعـود) وأبـو هريرة وغيرهم، ومنقول عن أكثر التـابعين، لكن لا يسن أن يطلق الرجـل أكثر من واحـدة عند الحنفية والمالكية كما بينا؛ لأن طلاق السنة: هو أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تنقضي عدتها.

الثانيـ قول الشيعة الإمامية: لا يقع به شيء.

الثالثـ قول الزيدية وبعض الظاهريـة وابن إسحـاق وابن تيميـة وابن القيم: يقع به واحدة، ولا تأثير للفظ فيه.

وقـد أخـذ القـانون في مصر وسوريـة بهـذا الرأي، نص القـانـون السـوري على ما يلي:

م٩١ـ يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات.

م٩٢ـ الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً.

وقد عدلت لجنة الافتاء بالرياض عن هـذا القول واختـارت بـالأكثريـة القول بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً[1].

أدلة هذه الأقوال:

أما أدلة الإمامية القائلين بأنه لا يقع شيء: فهي نفس الأدلة التي استدلوا بها على عدم وقوع الطلاق في الحيض، لأن كلاً منهما غير مشروع.

وكذلك قوله تعالى: ﴿فإمسـاك بمعروف أو تسريح بـإحسـان﴾ يـدل على أن شرط وقوع الطلقة الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الإمسـاك. وإذا لم

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية ـ المجلد الأول ـ العدد الثالث، عام ١٣٩٧ هـ، ص ١٦٥ وما بعدها.

يصح الإمساك إلا بعد المراجعة ، لم تصح الثالثة إلا بعدها لما ذكر ، وإذا لزم في الثالثة لزم في الثانية .

وأما أدلة الزيدية وابن تيمية وابن قيم القائلين بوقوع طلاق واحد ، فهي ما يأتي :

١ً ـ آية ﴿ الطلاق مرتان ﴾ إلى قوله تعالى في الطلقة الثالثة : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ أي أن المشروع تفريق الطلاق مرة بعد مرة ، لأنه تعالى قال : ﴿ مرتان ﴾ ولم يقل « طلقتان » .

وليس مشروعاً كون الطلاق كله دفعة واحدة ، فإذا جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد ، لا يقع إلا واحدة ، والمطلّق بلفظ الثلاث مطلق بواحدة ، لا مطلق ثلاث .

ويرد عليه بأن الآية ترشد إلى الطلاق المشروع أو المباح ، وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقاً ، فيكون المرجع إلى السنة ، والسنة بينت أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً .

ومما جاء في السنة في قصة ابن عمر الذي طلق امرأته في أثناء الحيض : أنه قال : « يا رسول الله ، أرأيت لو طلقتُها ثلاثاً ، أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال : لا ، كانت تبين منك ، وتكون معصية »[(١)] .

٢ً ـ حديث ابن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاقُ الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم »[(٢)] فهو واضح

---

(١) رواه الدارقطني عن الحسن عن ابن عمر ، لكن في إسناده ضعيف (نيل الأوطار : ٢٢٧/٦ ـ ٢٢٨) .

(٢) رواه أحمد ومسلم عن طاوس عن ابن عباس (نيل الأوطار : ٢٣٠/٦) .

الـدلالـة على جعل الطلاق الثلاث بلفـظ واحـد طلقـة واحـدة، وعلى أنـه لم ينسـخ لاستمرار العمل به في عهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر، ولأن عمر أمضـاه من بـاب المصلحة والسياسة الشرعية.

وأجيب عنه بـأنـه محمول على صورة تكرير لفـظ الطـلاق ثـلاث مرات؛ بـأن يقول: «أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق» فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيـد، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع، فكان الناس على عهـد رسول الله ﷺ وأبي بكر على صـدقهم وسلامتهم وقصـدهم في الغـالب الفضيلـة والاختيـار، لم يظهر فيهم خب ولا خـداع، وكانوا يصـدقون في إرادة التوكيـد، فلمـا رأى عمر في زمـانـه أموراً ظهرت، وأحوالاً تغيرت، وفشا إيقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التـأويل، ألزمهم الثلاث في صورة التكرير، إذ صار الغالب عليهم قصدها، وقد أشار إليه بقوله: «إن الناس قـد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة».

ثم إن هذا الحكم إنما هو في القضاء، أما في الديـانـة فـإن كل واحـد يعـامل فيهـا بنيته. ومخالفة عمر لما مضى لا شيء فيها؛ لأنهـا ترجع إلى تغير الحكم بسبب تغير العرف وحال الناس. والحق أن في هذا الحديث نظراً.

٣ً ـ حديث ابن عباس عن رُكانة: «أنه طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله النبي ﷺ، كيف طلقتها؟ فقال: ثلاثاً في مجلس واحـد، فقال له ﷺ: إنما تلك واحدة فارتجعها»[(١)].

وأجيب عنه بأجوبة:

منهـا ـ أن في إسنـاده محمـد بن اسحق، ورد بـأنهم قـد احتجوا في غير واحـد من الأحكام بمثل هذا الإسناد.

(١) أخرجه أحمد وأبو يعلى وصححه (نيل الأوطار: ٢٣٢/٦).

ومنها ـ معارضته لفتوى ابن عباس، فإنه كان يفتي من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثاً. ورد بأن المعتبر روايته لا رأيه.

ومنها ـ أن أبا داود رجح أن ركانة إنما طلق امرأته ألبتة، كما تقدم لدينا. ويمكن أن يكون من روى «ثلاثاً» حمل «ألبتة» على معنى الثلاث، وفيه مخالفة للظاهر، والحديث نص في محل النزاع.

أدلة الجمهور القائلين بوقوع ثلاث طلقات:

استدل فقهاء المذاهب الأربعة وموافقوهم على وقوع ثلاث طلقات بما يأتي من الكتاب والسنة والإجماع والآثار والقياس:

١ً ـ الكتاب: منه قوله تعالى: ﴿ الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ فهو يدل على وقوع الثلاث معاً مع كونه منهياً عنه؛ لأن قوله تعالى: ﴿ الطلاق مرتان ﴾ تنبيه إلى الحكمة من التفريق، ليتمكن من المراجعة، فإذا خالف الرجل الحكمة، وطلق اثنتين معاً، صح وقوعهما إذ لا تفريق بينهما، ثم إن قوله تعالى: ﴿ فلا تحل له من بعْدُ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ يدل على تحريمها عليه بالثالثة بعد الاثنتين، ولم يفرق بين إيقاعها في طهر واحد أو في أطهار.

ومنه ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ وتلك حدود الله، ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾ فالطلاق المشروع ما يعقبه عدة، وهو منتف في إيقاع الثلاث في العدة، وفيها دلالة على وقوع الطلاق لغير العدة، إذ لو لم يقع لم يكن ظالماً لنفسه بإيقاعه لغير العدة، ومن لم يطلق للعدة بأن طلق ثلاثاً مثلاً، فقد ظلم نفسه.

ومنه آية ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف ﴾ وغيرها من آيات الطلاق. فتدل ظواهر هذه الآيات على ألا فرق بين إيقاع الطلقة الواحدة والثنتين والثلاث.

وأجيب: بأن هذه عمومات مخصصة، وإطلاقات مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع ما فوق الطلقة الواحدة.

٢ـ السنة : منها حديث سهل بن سعد في الصحيحين في قصة لعان عُويمر العجلاني ، وفيه : «فلما فرغا قال عويمر : كذبتُ عليها يا رسول الله ، إن أمسكتها ، فطلَّقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ» ولم ينقل إنكار النبي ﷺ . وأجيب : إنما لم ينكره عليه ؛ لأنه لم يصادف محلاً مملوكاً له ولا نفوذاً .

ومنها ـ حديث محمود بن لبيد عند النسائي السابق ، وفيه أن النبي ﷺ غضب من إيقاع الثلاث دفعة في غير اللعان ، وقال : «أيلعب بكتاب الله ، وأنا بين أظهركم ؟» فهو يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يكون ثلاثاً ، ويلزم المطلّق بها ، وإن كان عاصياً في إيقاع الطلاق بدليل غضب النبي عليه السلام .

وأجيب بأنه حديث مرسل ؛ لأن محمود بن لبيد لم يثبت له سماع من رسول الله ﷺ ، وإن كانت ولادته في عهده عليه السلام . وهذا مردود ؛ لأن مرسل الصحابي مقبول .

ومنها ـ حديث ركانة بن عبد يزيد المتقدم أنه طلق امرأته سهيمة ألبتة ، فأخبر النبي ﷺ ، وقال : والله ما أردتُ إلا واحدة ، فقال رسول الله ﷺ : «والله ما أردتَ إلا واحدة ؟» قال ركانة : والله ما أردتُ إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله ﷺ[1] .

وهو من أصرح الأدلة وأوضحها على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، لقول ركانة واستحلاف النبي له على أنه لم يرد بلفظ «ألبتة» إلا واحدة ، فهو يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت .

ونوقش الحديث بأنه حديث ضعف الإمام أحمد جميع طرقه ، كما ذكر المنذري ، وكذلك ضعفه البخاري ، وأن قصة ركانة أنه طلقها ألبتة لا ثلاثاً .

ومنها ـ ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث عبادة بن الصامت قال :

---

(١) رواه الشافعي وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم .

«طلق جدي امرأة له ألف تطليقة ، فانطلق إلى رسول الله ﷺ ، فذكر له ذلك ، فقال النبي ﷺ : ما اتقى الله جدك ، أما ثلاث فله ، وأما تسعمائة وسبع وتسعون ، فعدوان وظلم ، إن شاء الله عذبه ، وإن شاء غفر له» وأجيب بأن راويه ضعيف ، وبأن والد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام ، فكيف بجده ؟

٣ً ـ الإجماع : أجمع السلف على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً . وممن حكى الإجماع على لزوم الثلاث في الطلاق بكلمة واحدة : أبو بكر الرازي والباجي وابن العربي وابن رجب .

وأجيب بأنه لم يثبت الإجماع ، فقد روى أبو داود عن ابن عباس أنه يجعل الثلاث واحدة ، وبأن طاوس وعطاء قالا : «إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها ، فهي واحدة» .

٤ً ـ الآثار : نقل عن كثير من الصحابة رضي الله عنهم أنهم أوقعوا الطلاق الثلاث ثلاثاً ، منها ما روى أبو داود عن مجاهد ، قال : « كنت عند ابن عباس ، فجاءه رجل ، فقال : إنه طلق امرأته ثلاثاً ، فسكت حتى ظننت أنه ردها إليه ، ثم قال : ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ، ثم يقول : يا ابن عباس ، يا ابن عباس ، وإن الله قال : ﴿ ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ﴾ ، وإنك لم تتق الله ، فلم أجد لك مخرجاً ، عصيت ربك ، وبانت منك امرأتك » .

ومنها ـ ما روى مالك في الموطأ أن رجلاً جاء إلى ابن مسعود ، فقال : إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات ، فقال : ما قيل لك ؟ فقال : قيل لي : بانت منك ، قال : هو مثل ما يقولون .

ومنها ـ ما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : «أن رجلاً جاء إلى عثمان بن عفان ، فقال : إني طلقت امرأتي مائة ، فقال : ثلاث تحرمها عليك ، وسبع وتسعون عدوان» .

وروى أيضاً: «أن رجلاً جاء إلى علي بن أبي طالب فقال: إني طلقت امرأتي ألفاً، فقال: بانت منك بثلاث».

وثبت مثله عن صحابة آخرين، وعن التابعين ومن بعدهم.

٥ً ـ القياس: قال ابن قدامة[١]: إن النكاح ملك يصح إزالته متفرقاً، فصح مجتمعاً كسائر الأملاك. وناقشه ابن القيم بأن المُطلِّق إذا جمع ما أمر بتفريقه، فقد تعدى حدود الله وخالف ما شرعه.

وقال القرطبي[٢]: وحجة الجمهور من جهة اللزوم ظاهرة جداً: وهو أن المطلقة ثلاثاً لا تحل للمطلق حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق بين مجموعها ومفرقها لغة وشرعاً. ونوقش بأن من قال: «أحلف بالله ثلاثاً» لا يعد حلفه إلا يميناً واحدة، فليكن المطلق مثله. ورد عليه باختلاف الصيغتين، فإن عدد الطلاق ثلاث، وأما الحلف فلا أمد لعدد أيمانه، فافترقا.

والذي يظهر لي رجحان رأي الجمهور: وهو وقوع الطلاق ثلاثاً إذا طلق الرجل امرأته دفعة واحدة، لكن إذا رجح الحاكم رأياً ضعيفاً صار هو الحكم الأقوى، فإن صدر قانون، كما هو الشأن في بعض البلاد العربية بجعل هذا الطلاق واحدة، فلا مانع من اعتماده والإفتاء به، تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون غالباً التهديد والزجر، ويعلمون أن في الفقه منفذاً للحل، ومراجعة الزوجة.

---

(١) المغني: ١٠٥/٧.

(٢) فتح الباري: ٣٦٥/٩.

المبحث الرابع ـ التوكيل في الطلاق وتفويضه :

يرتبط هذا البحث بنوعي الطلاق : الصريح والكناية ؛ لأن تفويض الطلاق للزوجة أو غيرها إما أن يكون صريحاً وهو قول الرجل : طلقي نفسك ، أو كناية وهو قوله : اختاري نفسك أو أمرك بيدك[1] .

والرجل كما يملك الطلاق بنفسه يملك إنابة غيره فيه ، ويجوز تفويض الطلاق للزوجة بالإجماع ؛ لأنه ﷺ خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته ، لما نزل قوله تعالى : ﴿ ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها ، فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً ﴾ فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر، لم يكن لتخييرهن معنى .

النيابة في الطلاق في المذاهب :

لفقهاء المذاهب اصطلاحات في إنابة الزوج غيره في الطلاق وهي ما يأتي :

مذهب الحنفية[2] : إيقاع الطلاق من غير الزوج بإذنه : إما تفويض أو توكيل أو رسالة .

والتوكيل : إنابة الزوج عنه غير الزوجة بتطليق امرأته ، كأن يقول له : وكلتك في طلاق زوجتي ، فإذا قبل الوكيل الوكالة ثم قال لزوجة موكله : أنت طالق ، وقع الطلاق .

والتفويض : جعل الأمر باليد أو تمليك الطلاق لزوجته بطلاق نفسها منه ، أو تعليق الطلاق على مشيئة شخص أجنبي ، كأن يقول له : طلق زوجتي إن شئت .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٦٥٣/٢ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٦٥٣/٢ ، البدائع : ١١٣/٣ ، ١١٨ ، ١٢١ ـ ١٢٢ .

والرسالة : نقل كلام المرسل ، كأن يقول الزوج لرجل : اذهب إلى فلانة ، وقل لها : إن زوجك يقول لك : اختاري[1] . أو أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان ، فيذهب الرسول إليها ، و يبلغها الرسالة على وجهها ، فيقع عليها الطلاق . فالرسول معبر وسفير وناقل كلام المرسل لا غير.

وألفاظ التفويض ثلاثة : أمر بيد ، وتخيير، ومشيئة ، وكل منها يفيد تمليك الطلاق من المرأة وتخييرها بين أن تختار نفسها أو زوجها .

والأمر باليد : أن يقول لها : أمرك بيدك ، فيصير الأمر بيدها في الطلاق ؛ لأنه جعل الأمر بيدها في الطلاق ، وهو أهل لذاك ، والمحل قابل للجعل . و يصير الأمر بيدها بشرطين :

أحدهما ـ نية الزوج الطلاق ؛ لأنه من كنايات الطلاق ، فلا يصح من غير نية الطلاق .

والثاني ـ علم المرأة بجعل الأمر بيدها ، فلا يصير الأمر بيدها مالم تسمع أو يبلغها الخبر؛ لأن معنى هذا التفويض ثبوت الخيار لها بين الطلاق أو الزوج .

والتخيير : أن يقول الزوج لامرأته : اختاري ، وهو لا يختلف عن الأمر باليد إلا في شيئين :

أحدهما ـ أن الزوج إذا نوى الطلاق الثلاث في قوله «أمرك بيدك» يصح ، وأما في قوله «اختاري» فلا يصح نية الثلاث .

والثاني ـ أن في قوله «اختاري» لا بد من ذكر النفس إما في كلام الزوج أو في جواب المرأة ، بأن يقول لها : اختاري نفسك ، فتقول : اخترت ، أو يقول لها :

---

(١) هذا يمنح المرأة حق الاختيار بين الطلاق الرجعي وغيره ، وهو يفيد التمليك ، ويتم بإرادة المملك وحده .

اختـاري ، فتقول : اخترت نفسي . أو ذكر الطلاق في كلام الـزوج أو في كـلام المرأة ، بأن يقول لها : اختاري ، فتقول : اخترت الطلاق . أو ذكر ما يـدل على الطلاق : وهو تكرار التخيير من الزوج ، بأن يقول لها : اختاري اختـاري . أو ذكر «الاختيـارة» في كلام الزوج أو في كلام المرأة ، بأن يقول لها الزوج : اختاري اختيـارة ، فتقول المرأة : اخترت اختيارة .

والمشيئة : أن يقول الرجل : أنت طالق إن شئت ، وهو مثل قول : اختـاري ؛ لأن كل واحد منهما تمليك الطلاق ، إلا أن الطلاق ههنا رجْعي ، وهنـاك بـائن ؛ لأن المفوض ههنا صريح ، وهناك كناية .

وأما قوله «طلقي نفسك» فهو تمليك عندهم ، سواء قيده بالمشيئة أم لا ، ويقتصر أثره على المجلس ، كقوله : أنت طالق إن شئت .

وذهب المـالكيـة[1] إلى أن التفويض (وهـو إنـابـة الـزوج غيره في الطـلاق) يتنوع إلى ثلاثـة أنواع : توكيل وتخيير وتمليـك . فـالتوكيل : هو جعـل الـزوج حـق إنشـاء الطلاق لغيره : زوجـة أو غيرهـا ، مع بقـاء الحق لـه في منع الوكيل من إيقـاع الطلاق . فإذا وكل الرجل المرأة على طلاقها ، فلها أن تفعل ما وكلهـا عليـه من طلقـة واحدة ، أو أكثر ، ولـه أن يعزلهـا مـالم تفعل الموكل فيـه إلا لتعلق حقهـا بـالوكالـة كما سنبين قريباً . وهو بخلاف التمليك والتخيير ، ليس له عزلها ؛ لأن فيهما قـد جعل لهـا ما كان يملكه ملكاً لها ، أما التوكيل فإنه جعلها نائبة عنه في إيقاع الطلاق .

والتمليك : هو أن يملك الرجل المرأة أمر نفسها ، كأن يقول لهـا : جعلت أمرك أو طلاقك بيدك ، وليس له أن يعزلهـا عنـه . ولهـا أن تفعل مـا جعل بيـدهـا من طلقـة واحدة أو أكثر . ويظهر قبولها للتمليـك بـالقول أو بـالفعل . أمـا القول : فهو أن توقع

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٣٣ ، الشرح الصغير : ٥٩٣/٢ ـ ٦٠٣ .

الطلاق بلفظها. وأما الفعل: فهو أن تفعل ما يدل على الفراق، مثل نقل أثاثها أو غيره.

والتخيير: هو أن يخيرها بين البقاء معه أو الفراق، بأن يقول لها اختاريني أو اختاري نفسك. فلها أن تفعل من الأمرين ما أحبت. فإن اختارت الفراق، كان طلاقها بالثلاث. وإن أرادت طلقة أو اثنتين لم يكن لها، إلا أن يخيرها في طلقة واحدة أو طلقتين معاً، فتوقعها، وليس له عزلها. ويصح التفويض بأنواعه الثلاثة لغير الزوجة بشرط كونه حاضراً في البلد أو قريب الغيبة كاليومين وإلا انتقل التفويض للزوجة على الراجح، وإن فوض الزوج لأكثر من واحد، لم تطلق إلا باجتماعها أي الاثنين أو باجتماعهم إن زادوا على اثنين.

ورأى الشافعية[1]: أن تفويض الطلاق تمليك له في المذهب الجديد، فيشترط لوقوعه تطليقها نفسها على الفور، وإذا ملكت المرأة نفسها، فلا رجعة عليها. والتفويض: إما صريح مثل طلقي نفسك، أو كناية مثل: أبيني نفسك، أو اختاري نفسك، ونوى، فقالت: طلقت، وقع الطلاق؛ لأنها فوضت الطلاق، وقد فعلته في الحالين.

ولو قال لها: طلقي نفسك ونوى ثلاثاً، فقالت: طلقت ونوتهن، وقد علمت نيته أو وقع العلم بنيته صدفة، فتقع الثلاث؛ لأن اللفظ يحتمل العدد، فإن لم ينو ياه فتقع واحدة في الأصح؛ لأن صريح الطلاق كناية في العدد.

ولو قال: طلقي نفسك ثلاثاً، فوحدت أي طلقت نفسها واحدة، أو عكسه، كقوله: طلقي نفسك واحدة، فثلثت أي طلقت نفسها ثلاثاً، تقع واحدة.

وقال الحنابلة[2]: من صح طلاقه صح توكيله، فإن وكل الزوج المرأة في

---

(١) مغني المحتاج: ٢٨٥/٣ - ٢٨٧، المهذب: ٨٠/٢.

(٢) كشاف القناع: ٢٦٨/٥ وما بعدها، ٣٥٤ وما بعدها، المغني: ٢١٢/٧.

الطلاق، صح توكيلها، وطلاقها لنفسها؛ لأنه يصح توكيلها في طلاق غيرها، فكذا في طلاق نفسها. وللوكيل أن يطلق متى شاء، إلا أن يحد له الموكل حداً كاليوم أو نحوه، فلا يملك الطلاق في غيره. ولا يطلق الوكيل أكثر من واحدة؛ إلا أن يجعل الموكل إليه أن يطلق أكثر من واحدة بلفظة أو نية، فلو وكله في ثلاث، فطلق واحدة، وقعت. ولو وكله في طلقة واحدة، فطلق ثلاثاً، طلقت واحدة، عملاً بالمأذون فيه.

وإن خير الموكل الوكيل بأن قال له: طلق ما شئت من ثلاث، ملك اثنتين فأقل؛ لأن لفظه يقتضي ذلك؛ لأن «من» للتبعيض، وكذا لو خيَّر زوجته، فقال لها: اختاري من ثلاث ما شئت، لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين.

وإن قال لامرأته: طلقي نفسك، فلها الطلاق كالوكيل. وإن قال لها: «أنت طالق إن شئت» ونحوها من أدوات الشرط، لم تطلق حتى تشاء، وتنطق بالمشيئة بلسانها، فتقول: قد شئت؛ لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان، فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب، فلو شاءت بقلبها دون نطقها، لم يقع طلاق.

وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها، فمتى وجدت المشيئة باللسان، وقع الطلاق، سواء أكان على الفور أم على التراخي. وذلك خلافاً للشافعية الذين اشترطوا إعلان المشيئة في الحال؛ لأن هذا تمليك للطلاق، فكان على الفور كقوله «اختاري»، كما بينا. ورد الحنابلة بأن هذا تعليق للطلاق على شرط، فكان على التراخي كسائر التعليق، ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة، فكان على التراخي كالعتق. وهو بخلاف كلمة «اختاري» فإنه ليس بشرط، إنما هو تخيير، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس.

حكم الوكيل بالطلاق:

قرر الحنفية أن الوكيل بالطلاق مقيد بالعمل برأي الموكل، فإذا تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل. وللوكيل أن يطلق متى شاء ما لم يقيده الموكل بزمن معين، وللموكل أن يعزل الوكيل متى شاء.

لكن الوكيل بالطلاق مجرد سفير ومعبر عن الموكل كالوكيل في الزواج، فلا يطالب بشيء من حقوق الطلاق، كدفع مؤخر المهر أو المتعة أو نفقة العدة، وإنما يطالب بها الزوج نفسه.

ويرى المالكية[1] أن الموكل لا يملك عزل الوكيل بالطلاق إذا تعلق حق الزوجة بتلك الوكالة، كما إذا قال الرجل لزوجته: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فليس له عزلها عن الوكالة لتعلق حقها بالتوكيل؛ لأن رفع الضرر عنها قد تعلق بالتوكيل، فليس له عزلها عنه.

صفة حكم التفويض بالطلاق للزوجة أو غيرها:

يرى الحنفية[2]: أن التفويض لازم من جانب الزوج، فلا يملك الرجوع عنه ولا منع المرأة مما جعل إليها، ولا فسخه؛ لأنه ملكها الطلاق، ومن ملَّك غيره شيئاً، فقد زالت ولايته من الملك، فلا يملك إبطاله بالرجوع والمنع والفسخ، ولأن التفويض تعليق للطلاق من جانب الزوج على مشيئة الزوجة أو غيرها، والتعليق يمين، والأيمان بعد صدورها لا يمكن الرجوع فيها كما أشرنا سابقاً.

وأما التفويض من جانب المرأة: فهو غير لازم في حق المرأة، فتملك رده صراحة أو دلالة؛ لأن جعل الأمر بيدها تخيير لها بين أن تختار نفسها وبين أن تختار زوجها، والتخيير ينافي اللزوم.

لكن ليس لها أن تختار إلا مرة واحدة؛ لأن قول الرجل لها: «أمرك بيدك» لا يقتضي التكرار إلا إذا قرن به ما يقتضي التكرار، بأن قال: أمرك بيدك كلما شئت، فيصير الأمر بيدها فيما ذكر وغيره، ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة

---

(١) الشرح الصغير: ٥٩٥/٢.

(٢) البدائع: ١١٣/٣ ـ ١١٦، فتح القدير: ١١٥/٣.

واحدة، حتى تبين بثلاث؛ لأن كلمة «كلما» تقتضي تكرار الأفعال، فيقتضي تكرار التمليك عند تكرار المشيئة، إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها في كل مجلس إلا تطليقة واحدة؛ لأن تفويضه الطلاق لها يقتضي حصره في كل مجلس مرة.

زمن التفويض بالنسبة للمرأة:

أضاف الحنفية[1]: إما أن يكون التفويض مطلقاً عن التقييد بزمن معين، مثل: اختاري نفسك أو طلقي نفسك، أو يكون مقيداً بزمن معين، مثل: اختاري نفسك أو أمرك بيدك مدة شهر، أو يكون مفيداً التكرار في جميع الأزمان، مثل طلقي نفسي متى شئت.

خيار المخيَّرة: أ ـ فإن كان التفويض مطلقاً: فحق الطلاق مقيد في مجلس علم المرأة بالتفويض، فما دامت في مجلسها، فالأمر بيدها؛ لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها، وجواب التمليك مقيد بالمجلس، فإن تغير المجلس أو ظهر ما يدل على الإعراض عن مقتضى التفويض، سقط حقها. وقد اتفق الشافعية والحنابلة كما بينا مع الحنفية في هذا؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم جعلوا للمخيَّرة الخيار ما دامت في المجلس. ولا يتغير المجلس بالقيام أو القعود، والقعود في البيت والركوب في السفينة لا يغير حكم المجلس أثناء المشي، لكن السير على الدابة يغير حكم المجلس؛ لأن السفينة لا يستطيع الراكب إيقافها، أما الدابة فيستطيع إيقافها فإن سارت بطل خيارها.

وذهب المالكية[2] إلى أنه يثبت الخيار للزوجة أبداً إلى أن يعلم أنها أسقطته، بتمكين الزوج من نفسها، فإن لم تجب بشيء رفع الزوج الأمر إلى القاضي ليأمرها بإيقاع الطلاق أو إسقاط التمليك، فإن أبت أسقطه القاضي، ولا يمهلها وإن رضي الزوج بالإمهال لحق الله تعالى، لما فيه من البقاء على عصمة مشكوكة.

---

(١) البدائع: ١١٣/٣ ـ ١١٧، اللباب شرح الكتاب: ٥٠/٣ وما بعدها، فتح القدير: ١١١/٣ ـ ١١٣.

(٢) الشرح الصغير: ٥٩٥/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٣٣.

ب ـ وإن كان التفويض مقيداً بزمن معين كيوم أو شهر أو سنة : ثبت حق الطلاق للمفوض إليه في الوقت المخصص إلى نهايته ؛ لأنه فوض الأمر إلى زوجته مثلاً في جميع الوقت المذكور، فيبقى ما بقي الوقت.

ولو اختارت نفسها في الوقت المحدد مرة ، ليس لها أن تختار مرة أخرى ؛ لأن اللفظ يقتضي التحديد بالوقت، ولا يقتضي التكرار.

وإن أضيف التفويض إلى وقت في المستقبل بأن قال : أمرك بيدك غداً ، أو رأس شهر كذا ، فلا يصير الأمر بيدها إلا بمجيء الوقت المخصص. وإن علق التفويض بشرط ، بأن قال : إذا قدم فلان ، فأمرك بيدك ، فلا يصير الأمر بيدها إلا بقدومه ، فإن قدم فالأمر بيدها إذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه فلان ؛ لأن المعلق بشرط كالمنجز عند الشرط ، فيصير قائلاً عند القدوم : أمرك بيدك ، وتملك الطلاق في مجلس علمها بالقدوم. فلو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت المخصص ، ثم علمت ، فلا خيار لها بهذا التفويض أبداً؛ لأنها مقيدة بمدة ، وقد انتهت ، فلا خيار لها بعد فوات زمنه.

جـ ـ وإن كان التفويض بما يقتضي التكرار، بأن قال لها : أمرك بيدك كلما شئت ، أو طلقي نفسك متى شئت ، فلها أن تطلق نفسها في أي وقت تشاء ، سواء في مجلس التخيير أو بعده ، لكنها في قوله : «إذا ، ومتى» لا تملك أن تختار إلا مرة واحدة ، فإذا طلقت نفسها مرة انتهى التفويض ؛ لأن «إذا ومتى» لا تفيد التكرار. أما إن قال « كلما » فلها أن تطلق نفسها أكثر من مرة إلى ثلاث ؛ لأن « كلما » تقتضي تكرار الأفعال ، فيتكرر التفويض عند تكرار المشيئة.

عدد الطلاق الواقع بألفاظ التفويض ونوعه :

ذهب الحنفية[1] : إلى أنه لا تملك المرأة إيقاع الثلاث دفعة واحدة بقوله لها : طلقي نفسك ، أو كلما شئت ؛ لأنه فوض إليها الصريح حيث نص عليه ، وكلمة

---

(١) البدائع : ١١٧/٣ ـ ١١٨ ، فتح القدير : ١١٤/٣ وما بعدها ، اللباب : ٥١/٣ ، الدر المختار : ٦٦٠/٢ وما بعدها .

« كلما » تقتضي تكرار الأفعال، وهي هنا المشيئة، وإيقاع الثلاث دفعة واحدة لا تكرار فيه، فلا يقع بها شيء في قوله « كلما » عند أبي حنيفة، وتقع طلقة واحدة عند الصاحبين.

ولو قال الزوج للمرأة: أمرك بيدك، ونوى الثلاث، فطلقت نفسها ثلاثاً، كان ثلاثاً؛ لأنه جعل أمرها بيدها مطلقاً، فيحتمل الواحد ويحتمل الثلاث، فإن نوى الثلاث، فقد نوى ما يحتمله مطلق الأمر، فصحت نيته. وإن نوى اثنتين، فهي واحدة عند أئمة الحنفية ما عدا زفر.

وأما نوع الطلاق الواقع: فإن كان التفويض بصريح الطلاق، كان الطلاق رجعياً، فلو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: طلقت نفسي، وقع الطلاق رجعياً. وكذا لو قال أمرك بيدك في تطليقة أواختاري تطليقة، فاختارت نفسها، طلقت واحدة رجعية؛ لتفويضه إليها بالصريح، والمفيد للبينونة إذا قرن بالتصريح، صار رجعياً.

وإن كان التفويض بلفظة الاختيار أو الأمر باليد، كان الطلاق بائناً، فلو قال لها: اختاري أو أمرك بيدك، ناوياً الطلاق، ولم ينو الثلاث، فقالت: اخترت نفسي أو طلقت نفسي؛ وقع الطلاق بائناً، وكان طلاقاً واحداً؛ لأن المرأة لا يتم لها الاختيار أو الأمر باليد إلا بالطلاق البائن، فلا تصير مالكة نفسها إلا بالبائن، أما بالطلاق الرجعي فيتمكن الزوج من رجعتها بدون رضاها.

ويرى المالكية[1] كما بينا أن الطلاق الواقع بالتفويض عند اختيار الزوجة أو تطليقها نفسها هو الطلاق الثلاث إذا كان التفويض بالتخيير. أما إذا كان التفويض بالتمليك فإن الواقع هو الطلاق الثلاث، ولكنه يحتمل الواحدة والاثنتين. والفرق أن

(١) الشرح الصغير: ٥٩٧/٢.

حـالـة التخيير تقتضي ألا يكون للزوج سبيـل على المرأة إذا اختـارت نفسهـا ، وهـذا لا يتحقق إلا بوقوع الطلاق الثلاث . وأما في حالة التمليك فقد ملكها ما يملكه ، فـإذا أوقعت طلقة واحدة أو اثنتين أو الثلاث ، كانت عاملة بمقتضى اللفظ .

ونظراً لهـذا الفرق ، قـال المـالكيـة : إذا كان التفويض تخييراً ، فليس للزوج أن ينـازع زوجتـه (أو ينـاكرهـا) إذا أوقعت الثلاث ، وأمـا إذا كان التفـويض تمليكاً ، فللزوج أن ينازع زوجته ، ويـدعي أنـه أراد واحـدة ، عنـدمـا تطلق نفسهـا ثلاثـاً . ويكون القول قوله مع يمينه .

بدء التفويض :

يصح التفويض عند الحنفية مقارناً لإنشاء عقد الزواج أو بعده أثناء الزوجيـة ، واشترطوا لصحة التفويض المقارن للعقد : أن يكون الإيجـاب صـادراً من الزوجـة أو وكيلهـا ، كأن تقول للرجل : تزوجتـك على أن الطلاق بيـدي ، أو متى شئت أو كلمـا شئت ، ويقبل الرجل التفويض .

فـإن بـدأ الرجل بـالإيجـاب ، فقـال للمرأة : تـزوجتـكِ على أن أمرك بيـدك أو تطلقين نفسـك متى شئت ، وقبلت المرأة الإيجـاب ، يصـح الـزواج ، ولا يصـح التفويض ؛ لأن الزوج في هـذه الحـالـة قـد ملكهـا تطليـق نفسهـا قبـل أن يتم عقـد الزواج ، ولا يملـك الزوج الطلاق قبـل تمـام الـزواج ، وليس للشخص أن يملـك غيره شيئاً لا يملكه هو .

وإذا صح التفويض بإيجاب المرأة وقبول الرجل ، حين العقد ، وكان مطلقـاً عن التقييد بزمن معين ، كأن تقول له : « تزوجتكَ على أن طلاقي بيـدي » فيقول : قبلت ، تقيد ملكها الطلاق بمجلس إنشاء العقد ، فإذا انتهى مجلس العقد ، لم يكن لها الحق في طلاق نفسها بعدئذ .

حق الزوج في الطلاق مع التفويض :

التفويض بالرغم من أنه تمليك عند الحنفية، فهو يشبه التوكيل، فيبقى للزوج حق إيقاع الطلاق، بعد أن يفوض الطلاق إلى زوجته، كما يحق للموكل التصرف في الأمر الموكل فيه بعد التوكيل.

الفرق بين التوكيل والتفويض :

التوكيل والتفويض وإن كان كل منهما عند الحنفية لا يسلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق، إلا أنهم يفرقون بينهما من وجوه[1] :

١ ـ إن التفويض بعد صدوره لا يملك الزوج الرجوع عنه، أما التوكيل فيملك الموكل الرجوع عنه، مادام الوكيل لم ينفذ ما وكل به.

٢ ـ يعمل المفوض إليه في التفويض العمل باختياره وبمشيئة نفسه؛ لأن الزوج ملكه هذا الحق، أما في التوكيل فيعمل الوكيل بمشيئة غيره ووفق هذه المشيئة؛ لأن الوكيل يعد ممثلاً الموكل ونائباً عنه، لا مالكاً الحق الموكل فيه.

٣ ـ يتقيد التفويض المطلق بالمجلس، أما التوكيل فللوكيل بالطلاق أن يطلق في مجلس التوكيل وما بعده إذا كانت الوكالة مطلقة.

٤ ـ لا يبطل التفويض بجنون الزوجْ؛ لأنه في معنى التعليق. أما التوكيل فيبطل بجنون الزوج؛ لأن الجنون يخرجه عن الأهلية، وخروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية يبطل الوكالة.

---

(١) العناية بهامش فتح القدير: ٣/١٠٠، رد المحتار: ٢/٦٥٣.

المبحث الخامس ـ أنواع الطلاق وحكم كل نوع :

ينقسم الطلاق عدة تقسيمات باعتبارات متنوعة :

فهو من حيث الصيغة ينقسم إلى صريح وكناية ، وقد بيناه .
ومن حيث الرجعة وعدمها ينقسم كل من الصريح والكناية إلى رجعي وبائن .
ومن حيث الموافقة للسنة وعدمها ينقسم إلى سني وبدعي .
ومن حيث التنجيز والتعليق والإضافة ينقسم إلى منجز أو معجل ، ومعلق ، ومضاف إلى المستقبل . ويلحق بهذا المطلب حكم طلاق المريض مرض الموت .

تقسيم الطلاق من حيث السنة والبدعة :

ينقسم الطلاق من حيث موافقته السنة والبدعة إلى سني وبدعي ، والسنة : ما أذن الشارع فيه ، والبدعة : ما نهى الشرع عنه . وأصل البدعة : الحدث في الشيء بعد الإكمال .

والأصل في التقسيم قوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء ، فطلقوهن لعدتهن ﴾ قال ابن مسعود وابن عباس : طاهرات من غير جماع .

وحديث ابن عمر المتقدم لما طلق امرأته وهي حائض ، فقال النبي ﷺ لعمر : « مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض فتطهر ، ثم إن شاء طلقها طاهراً قبل أن يمس » .

وللفقهاء ـ مع اتفاقهم على التقسيم ـ آراء في تحديد الطلاق السني والبدعي ، ونوع الحكم في البدعي .

فذهب **الحنفية**[1] إلى أن التقسيم ثلاثي ، أي أن الطلاق ثلاثة أنواع : أحسن الطلاق ، والطلاق الحسن ، والطلاق البدعي .

---

(١) البدائع : ٩١/٣ ـ ٩٦ ، الكتاب : ٣٧/٣ ـ ٤٠ ، فتح القدير : ٢٢/٣ ـ ٣٧ ، الدر المختار : ٥٧٤/٢ ـ ٥٧٨ .

فأحسن الطلاق: أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة، في طهر لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ألا يزيد الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة، فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة، ولأنه أبعد من الندامة، لتمكنه من التدارك، وأقل ضرراً بالمرأة.

والطلاق الحسن: هو طلاق السنة: وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، في كل طهر تطليقة، يستقبل الطهر استقبالاً، عملاً بأمره ﷺ في حديث ابن عمر المتقدم.

وطلاق البدعة: أن يطلقها ثلاثاً أو اثنتين بكلمة واحدة، أو يطلقها ثلاثاً في طهر واحد؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، لما فيه من قطع الزواج الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية، والإباحة إنما هي للحاجة إلى الخلاص، ولا حاجة إلى الجمع في الثلاث، أو في طهر واحد؛ لأن الحاجة تندفع بالواحدة، وتمام الخلاص في المفرق على الأطهار، والزيادة إسراف، فكان بدعة. فإذا فعل ذلك وقع الطلاق، وبانت المرأة منه، وكان آثماً عاصياً، والطلاق مكروه تحريماً؛ لأن الحظر أو النهي لمعنى في غير الطلاق وهو فوات مصالح الدين والدنيا، مثل البيع وقت النداء لصلاة الجمعة صحيح مكروه لمعنى في غيره، والصلاة في الأرض المغصوبة صحيحة مكروهة لمعنى في غيرها، وكذا إيقاع أكثر من طلقة، إذ لا حاجة إليه. لذا تجب رجعة المطلقة في الحيض أو النفاس، على الأصح رفعاً للمعصية وللأمر السابق: «مره فليراجعها»، فإذا طهرت طلقها إن شاء، أو أمسكها.

وطلاق السنة: إما من ناحية الوقت أو من ناحية العدد. فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها. والسنة في الوقت: تثبت في المدخول بها خاصة، وهو: أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه. وأما غير المدخول بها، فيطلقها في حال الطهر أو الحيض، على حد سواء.

وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر، فأراد أن يطلقها طلاق السنة، طلقها واحدة، فإذا مضى شهر طلقها أخرى، فإذا مضى شهر طلقها طلقة أخرى، فتصير ثلاث طلقات في ثلاثة أشهر؛ لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض. ويحسب الشهر بالأهلة إن كان الطلاق في أول الشهر، وبالأيام إن كان في وسط الشهر، كما هو المقرر في العدة.

ويجوز طلاق الحامل عقيب الجماع؛ لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة؛ لأن عدتها تنتهي حتماً بوضع الحمل. وطلاق السنة الثلاث للحامل كالتي لا تحيض، يكون في ثلاثة أشهر، يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الإباحة لعلة الحاجة، والشهر دليل الحاجة كالمقرر في حق الآيسة والصغيرة.

ألفاظ طلاق السنة والبدعة: إن من ألفاظ طلاق السنة التي هي نص فيه القول: أنت طالق للسنة، فلو قال رجل لامرأته المدخول بها التي تحيض: أنت طالق ثلاثاً أو ثنتين للسنة، وقع عند كل طهر طلقة، وتقع أولاها في طهر لا جماع فيه. أما لو كانت المرأة غير مدخول بها أو لا تحيض، فتقع طلقة واحدة في الحال، ثم إن غير المدخول بها تبين منه بلا عدة؛ لأنه طلاق قبل الدخول، ولا تقع طلقة غيرها ما لم يتزوجها، وأما التي لا تحيض فتقع طلقة أخرى عند مضي شهر.

وإن نوى أن تقع الثلاث في الحال، أو عند رأس كل شهر واحدة، صحت نيته؛ لأن ذلك يحتمله كلامه.

ومن ألفاظ طلاق البدعة: أن يقول الرجل: أنت طالق للبدعة أو طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان، فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث؛ لأن إيقاع الثلاث في طهر واحد لا جماع فيه، وإيقاع الطلقة الواحدة في طهر جامعها فيه بدعة، والطلاق في حال الحيض بدعة، فإذا نوى به الثلاث، فقد نوى ما يحتمله كلامه، فصحت نيته.

وذهب المالكية[1] : إلى أن الطلاق السني ما توافرت فيه أربعة شروط وهي : أن تكون المرأة طاهراً من الحيض والنفاس حين الطلاق ، وأن يكون زوجها لم يمسها في ذلك الطهر ، وأن تكون الطلقة واحدة ، وألا يُتبعها الزوج طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها ، فإن أتبعها كان بدعة ؛ لأن الأصل في الطلاق هو الحظر .

والشرطان الأولان متفق عليهما ، والثالث يخالف فيه الشافعية فيباح عندهم جمع الطلقات الثلاث ، والرابع يخالف الحنفية فيما يترتب عليه ، فإنهم قالوا : يجوز تطليق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار ، كما بينا .

والطلاق البدعي : ما نقصت منه هذه الشروط أو كلها . والطلاق البدعي إما حرام وإما مكروه ، فيحرم الطلاق في الحيض أو النفاس ، ويكره وقوعه بغير حيض ونفاس ، ولو أوقع ثلاثاً . ويقع الطلاق في الحيض ونحوه ، ويمنع وإن طلبته المرأة من زوجها في حيضها أو نفاسها .

ومن طلق زوجته وهي حائض أجبر على أن يراجعها إن كان الطلاق رجعياً ، حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى ، ثم تطهر منها ، فإذا دخلت في الطهر الثاني ، فإن شاء أمسكها ، وإن شاء طلقها . فإن أبى الرجعة هدد بالسجن ، فإن أبى سجن فعلاً ، فإن أبى هدد بالضرب ، فإن أبى ضرب بالفعل ، يفعل ذلك كله في مجلس واحد . فإن أبى الارتجاع ، ارتجع الحاكم ، بأن يقول : ارتجعتها لك .

ولا يجبر اتفاقاً على الرجعة فيما إذا طلق في طهر مسها فيه أو بعد الحيض قبل الاغتسال منه . والمرأة مصدقة في دعوى الحيض للتمكين من الرجعة .

وجاز طلاق الحامل في الحيض أي إن حاضت ؛ لأن عدتها وضع حملها ، فلا تطويل فيها .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٢٥ ، الشرح الصغير : ٢/٥٣٧ - ٥٤١ .

وجاز طلاق غير المدخول بها في الحيض، لعدم العدة من أصلها.

ورأى الشافعية[1]: أن الطلاق سني وبدعي، ولا سني ولا بدعي. أما القسم الثالث: فهو طلاق الصغيرة، والآيسة، والمختلعة، والتي استبان حملها من الزوج، وغير المدخول بها. فهذا لا سنة فيه ولا بدعة؛ لأنه لا يوجد تطويل العدة.

وأما الطلاق السني: فهو المستحب شرعاً، وهو أن يطلق الرجل امرأته طلقة واحدة، وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة، ليخرج من الخلاف، وإن جمع الطلقات الثلاث في طهر واحد جاز ولا يحرم، لأن عويمراً العجلاني، لما لاعن امرأته عند رسول الله ﷺ، طلقها ثلاثاً قبل أن يخبره ﷺ أنها تبين باللعان[2]، فلو كان إيقاع الثلاث حراماً، لنهاه عن ذلك ليعلمه هو ومن حضره؛ ولأن فاطمة بنت قيس شكت للنبي ﷺ أن زوجها طلقها ألبتة، قال الشافعي رضي الله عنه: يعني والله أعلم: ثلاثاً، ولم نعلم أن النبي ﷺ نهى عن ذلك؛ وقد فعله جمع من الصحابة، وأفتى به آخرون.

لكن يسن الاقتصار على طلقة في القُرْء لذات الأقراء، وفي شهر لذات الأشهر ليتمكن من الرجعة أو التجديد إن ندم، فإن لم يقتصر على طلقة، فليفرق الطلقات على الأيام، ويفرق الطلاق على الحامل بطلقة في الحال ويراجع، وأخرى بعد النفاس، والثالثة بعد الطهر من الحيض.

ولو قال الرجل لزوجته: أنت طالق ثلاثاً أو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وفسر الثلاث في الصورتين بتفريقها على أقراء، لم يقبل قوله ظاهراً على الصحيح المنصوص، والأصح أنه يقبل قوله ديانة بينه وبين الله تعالى.

---

(١) المهذب: ٢/٧٩، ٨٩، مغني المحتاج: ٣/٣٠٧ - ٣١٢.

(٢) متفق عليه.

والحاصل: أن طلاق الثلاث طلاق سني عند الشافعية والحنابلة، بدعي حرام عند المالكية والحنفية.

وأما الطلاق البدعي: فهو اثنان: أحدهما ـ طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل، لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ أي في الوقت الذي يشرعن فيه في العدة، وزمن الحيض لا يحسب من العدة، وسبب الحرمة: تضررها بطول العدة، فإن بقية الحيض لاتحسب منها. والنفاس كالحيض. ويؤيده حديث أمر ابن عمر بمراجعة امرأته التي طلقها في الحيض.

والثاني ـ طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل؛ لأنه إذا طلقها في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل، لم يأمن أن تكون حاملاً، فيندم على مفارقتها مع الولد، ولأنه لا يعلم هل علقت بالوطء، فتكون عدتها بالحمل، أو لم تعلق، فتكون عدتها بالأقراء (الأطهار).

ويسن خلافاً للمالكية والحنفية مراجعة المرأة المطلقة بدعياً، ثم إن شاء طلق بعد طهر.

ولو قال لحائض: أنت طالق للبدعة، وقع الطلاق في الحال. وإن قال لها: أنت طالق للسنة، فيقع الطلاق حين تطهر من الحيض أو النفاس، بأن تشرع في الطهر، ولا يتوقف على الاغتسال، لوجود الصفة قبله.

ولو قال لمن في طهر لم تجامع فيه وهي مدخول بها: أنت طالق للسنة، وقع في الحال لوجود الصفة. وإن جومعت فيه ولم يظهر حملها، فيقع الطلاق حين تطهر بعد حيض، لشروعها حينئذ في العدة.

ولو قال لمن في طهر: أنت طالق للبدعة، فيقع الطلاق في الحال إن جومعت فيه أو في حيض قبله ولم يظهر حملها، لوجود صفة البدعة، فإن لم تجامع على النحو المذكور فيقع الطلاق حين تحيض.

ولو قـال : أنت طـالق طلقـة حسنـة أو أحسن الطلاق أو أجملـه أو نحوهـا ، فهو كقوله : أنت طالق للسنة ، فإن كانت في حيض لم يقع حتى تطهر، أو في طهر لم تجامع فيه ، وقع في الحال ، أو جومعت فيه ، وقع حين تطهر بعد حيض .

وإن وصف الطلاق بصفـة ذم ، كأنت طـالق طلقـة قبيحـة أو أقبح الطـلاق أو أفظعه أو أشرّه أو أفحشه أو نحوها ، فهو كقولـه : أنت طـالق للبـدعـة ، فـإن كانت في حيض أو في طهر جامعها فيه ، وقع في الحـال ، وإلا فحين تحيض . ولو نوى بـالطلاق طلاق السنة لحسن خلقها ، وكانت في زمن البدعة ، دُيِّن ، ولم يقبل قولـه ظـاهراً ، أي يقبل قوله ديانة لا قضاء .

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً ، في كل قرء طلقة ، فإن كانت طاهراً طلقت طلقة ؛ لأن مـا بقي من الطهر قرء ، وإن كانت حـائضـاً لم تطلـق حتى تطهر، ثم يقـع في كل طهر طلقة . وإن كانت من القسم الثالث ممن لا سنة لها ولا بدعـة : فـإن كانت حـاملاً طلقت في الحال طلقة ؛ لأن الحمل قرء يعتد به ، وإن كانت تحيض على الحمل ، لم تطلق في أطهارهـا ؛ لأنهـا ليست بـأقراء ، فـإن راجعهـا قبل الوضع ، وطهرت في النفـاس ، وقعت طلقة أخرى ، فإن حاضت وطهرت ، وقعت الطلقة الثالثة .

وإن كانت غير مـدخـول بهـا وقعت عليهـا طلقـة وبـانت ، فـإن كانت صغيرة مدخولاً بها طلقت في الحال طلقة ، فـإن لم يراجعهـا حتى مضت ثلاثـة أشهر بـانت ، وإن راجعها لم تطلق في الطهر بعد الرجعة ؛ لأنه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق .

ووافق **الحنابلة**[1] الشافعية في رأيهم بتحديد الطلاق السني والبدعي وألفاظهما وحكمها ، واستحباب مراجعـة المطلقـة في حيض ، ووجوب إمسـاكهـا حتى تطهر، ثم استحباب إمساكها حتى تحيض حيضـة أخرى ثم تطهر، على مـا أمر بـه النبي ﷺ في حديث عمر المتقدم .

---

(١) المغني : ٩٨/٧ ـ ١١٣ ، كشاف القناع : ٢٦٩/٥ ـ ٢٧٦ .

تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن :

ينقسم كل من الطلاق الصريح والكناية من حيث إمكان الرجعة وعدمها إلى رجعي وبائن .

أما الطلاق الرجعي : فهو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة ، ولو لم ترض . وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة ، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائناً ، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلّقة إلا بعقد جديد .

وأما الطلاق البائن : فهو نوعان : بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى .

والبائن بينونة صغرى : هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد ومهر . وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية أو الذي يوقعه القاضي لا لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء .

والبائن بينونة كبرى : هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجاً صحيحاً ، ويدخل بها دخولاً حقيقياً ، ثم يفارقها أو يموت عنها ، وتنقضي عدتها منه . وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزوج آخر .

ضابط الطلاق الرجعي والبائن :

للفقهاء آراء في تحديد حالات الطلاق الرجعي والبائن .

رأي الحنفية[1] : كل طلاق رجعي إلا الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٥٩٢/٢ ، ٦١٧ - ٦٢١ ، اللباب : ٤١/٣ - ٤٤ ، البدائع : ١٠٩/٣ - ١١٢ .

مال، والطلاق بالكناية المقترن بلفظ ينبئ عن الشدة أو القوة أو البينونة أو الحرمة، والطلاق المكمل للثلاث.

فيكون الطلاق رجعياً فيما يأتي:

١ ـ الطلاق الصريح بعد الدخول الحقيقي: بلفظ من مادة الطلاق أو التطليق غير مقترن بعوض، ولا بعدد الثلاث، ولا موصوف بوصف الشدة أو القوة أو البينونة أو نحوها. فمن قال: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك، يقع به الطلاق الرجعي، ولا يقع به إلا واحدة، وإن نوى أكثر من ذلك، ولا يفتقر إلى النية.

أما لو قال: أنت الطلاق، أو أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق طلاقاً، فإن لم تكن له نية، فهي طلقة واحدة رجعية، وإن نوى به ثلاثاً كان ثلاثاً. ولو قال: أنت طالق على المذاهب الأربعة، أو أنت طالق لا يردك عالم ولا قاض، يقع به طلقة رجعية.

ومن ألفاظ الطلاق التي هي في حكم الصريح عرفاً قول الرجل: علي الطلاق، وعلي الحرام، والطلاق يلزمني، والحرام يلزمني، فإنه يقع بلا نية للعرف، وبه أصبح لفظ: حرام وخالص، من قسم الصريح.

٢ ـ الطلاق الكنائي بعد الدخول الذي لا يفيد معنى الشدة والبينونة مثل قوله: اعتدي، أو استبرئي رحمك، أو أنت واحدة، يقع بهذه الألفاظ طلقة واحدة رجعية، إذا نوى الزوج بها الطلاق.

٣ ـ الطلاق الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق، أو بسبب الإيلاء، فإن الأول يكون رجعياً؛ لأن قدرة الزوج على الإنفاق متوقعة في أي وقت، والثاني يكون رجعياً أيضاً؛ لتمكين الزوج من العودة إلى معاشرة الزوجة.

والدليل على أن الأصل العام في كون الطلاق رجعياً آيتان: ﴿الطلاق مرتان

فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ... وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً ﴾ فكلتا الآيتين تدلان على إمكان الرجعة مادامت المرأة في العدة، إلا مادل الدليل على استثنائه: وهو الطلاق الثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، والطلاق لرفع الضرر عن الزوجة، والطلاق بلفظ ينبئ عن الشدة والانفصال التام.

ويكون الطلاق بائناً فيا يأتي:

أولاً ـ البائن بينونة صغرى:

١ ـ الطلاق قبل الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة المجردة، فالأول يكون بائناً؛ لأنه لا تجب به العدة ولا يقبل الرجعة، بدليل: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فمالكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ وإذا لم تجب العدة فلا تمكن المراجعة؛ لأن الرجعة لا تكون إلا في العدة، فيكون الطلاق بائناً غير رجعي.

وأما بعد الخلوة الصحيحة التي لم يحدث فيها اتصال جنسي، فيقع الطلاق بائناً، وإن وجبت العدة؛ لأن وجوب العدة إنما هو للاحتياط لثبوت النسب، والحكم بصحة الرجعة ليس فيه احتياط، بل الاحتياط يقتضي الحكم بعدم صحة الرجعة.

٢ ـ الطلاق الكنائي المقترن بما ينبئ عن الشدة أو القوة أو البينونة: أي أن كل طلاق بالكناية إذا نوى به الطلاق، ماعدا الألفاظ الثلاثة المتقدمة (اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة) يكون طلقة واحدة بائنة، وإن نوى به اثنتين، إذ لا دلالة للفظ على عدد الثنتين، فيثبت الأدنى وهو الواحدة، فإن نوى به الثلاث كان ثلاثاً؛ لأن البينونة نوعان: مغلظة وهي الثلاث، ومخففة وهي الواحدة، فأيها نوى وقعت لاحتمال اللفظ.

وهذه الألفاظ مثل قوله: أنت طالق طلقة شديدة أو قوية أو طويلة أو عريضة ؛ لأن المراد بالطول والعرض الشدة والقوة.

ومثل: أنت بائن، وبتة، وبتلة، وخلية، برية، حرة، وحبلك على غاربك، والحقي بأهلك، وسرحتك وفارقتك، وتقنعي، وتخمري واستتري، واعزُبي واغرُبي[1]، وابتغي الأزواج، ونحو ذلك.

وقد أصبح: أنت خالصة، وأنت حرام، أو علي الحرام من الطلاق الصريح عرفاً، ويقع به طلقة رجعية.

٣ً ـ الطلاق على مال: إذا خالع الرجل امرأته أو طلقها على مال؛ لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندهم، كان طلاقاً بائناً؛ لأن المقصود أن تملك المرأة أمرها، وتمنع الزوج من مراجعتها، ولا يتحقق هدفها إلا بالطلاق البائن.

٤ً ـ الطلاق الذي يوقعه القاضي لا لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء، وإنما بسبب عيب في الزوج أو للشقاق بين الزوجين، أو لتضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه؛ لأن التجاء الزوجة إلى القضاء لا يكون إلا لدفع الضرر عنها وحسم الزواج، ولا يتحقق المقصود إلا بالطلاق البائن.

ثانياً ـ البائن بينونة كبرى:

أن يكون طلاقاً ثالثاً، سواء أكان مكملاً للثلاث تفريقاً، بأن يطلق الرجل زوجته كل مرة طلقة، أم مقترناً بالثلاث لفظاً أو إشارة، مثل أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاث، أم مكرراً ثلاث مرات في مجلس واحد أو في مجالس متعددة، بأن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فيقع ثلاثاً إلا إذا قصد تأكيد الطلقة الأولى السابقة، فلا يقع إلا طلقة واحدة.

---

(١) اعزبي من العزوبة: وهي عدم الزواج، واغربي من الغربة: وهي البعد.

والإشارة لها حكم العبارة، فإن أشار بأصبع واحدة فهي واحدة رجعية، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان، وإن أشار بثلاث فهي ثلاث؛ لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام، لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام، بدليل العرف والشرع، أما العرف فواضح، وأما الشرع، فقول النبي ﷺ: «الشهر هكذا وهكذا، وأشار ﷺ بأصابع يده كلها، فكان بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً، ثم قال ﷺ: الشهر هكذا وهكذا، وحبس إبهامه في المرة الثالثة، فكان بياناً أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً»[1].

رأي المالكية[2]: البائن يكون في أربعة مواضع:

وهي طلاق غير المدخول بها، وطلاق الخلع، والطلاق بالثلاث، والمبارأة: وهي التي يملِّك الناس بها المرأة أمر نفسها، ويجعلونها واحدة بائنة من غير خلع. والثلاثة الأولى متفق عليها.

والرجعي: هو ماعدا هذه المواضع.

رأي الشافعية والحنابلة[3]: يتفق مع رأي المالكية فيما عدا المبارأة. فيقولون: كل طلاق يقع رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول، أو كان على مال كما في الخلع، أو كان مكملاً للثلاث أو مقترناً بعدد الثلاث.

وعلى هذا لايقع عند الجمهور غير الحنفية بطلاق الكنايات إلا الطلاق الرجعي، ولو نوى بها البائن؛ لأن الصريح لايقع به الا الطلاق الرجعي، فالكناية التي هي أضعف من التصريح لاحتمالها الطلاق وغيره، يكون الطلاق الواقع بها

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن عبد الله بن عمر (جامع الأصول : ١٨٢/٧ ومابعدها ، نصب الراية : ٢٢٨/٣) .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٢٦ ، الشرح الصغير : ٥٢٦/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٣٣٧/٣ ، المغني : ٢٧٤/٧ ، ٢٧٨

رجعياً بالأولى، ولأن الطلاق وضع شرعي لا يتأثر بالنية، فقصد البينونة بالكناية يكون تغييراً للوضع الشرعي.

موقف القانون: أخذ القانون في مصر وسورية برأي الجمهور في بيان الطلاق الرجعي والبائن، فنصت المادة (٩٤) من القانون السوري على ما يلي «كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون» والذي نص هذا القانون على كونه بائناً هو التفريق القضائي للعيب أو العلة، والتفريق للشقاق بين الزوجين. فالقول بأن كل طلاق يقع رجعياً مخالف لمذهب الحنفية؛ لأن كنايات الطلاق عندهم كما بينا يقع بها الطلاق بائناً ماعدا ألفاظاً ثلاثة.

ونصت المادة (٩٣) من القانون السوري كما بينا على أن النية هي مدار طلاق الكناية: «يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون الحاجة الى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية» وهذا عمل برأي المالكية والشافعية الذين يوقعون طلاق الكناية بالنية لا بدلالة الحال، خلافاً للحنفية والحنابلة الذين يوقعون بالنية أو القرائن ودلالات الحال.

وهذا هو نفس المعمول به في القانون المصري، فقد نصت المادة الرابعة من قانون رقم ٢٥ لسنة (١٩٢٩) على مايلي: «كنايات الطلاق: وهي ما تحتمل الطلاق وغيره، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية»

ونصت المادة الخامسة على ما يأتي: «كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠»

وما نص على كونه بائناً في قانون ١٩٢٩: هو التفريق الذي يكون من القاضي

بسبب ضرر الزوجة، والشقاق بينها وبين زوجها، وبسبب غيبة الزوج أو حبسه مدة طويلة.

وما نص على كونه بائناً في قانون ١٩٢٠ : هو تفريق القاضي أيضاً بسبب عيوب الرجل من مثل الجنون والجذام والبرص وغيرها من العيوب في الراجح عند الحنفية، وهي عيوب الجب والعنة والخصاء.

والقانون متفق مع الفقه، ولكن كل من القانونين المصري والسوري قد خالف المذاهب الأربعة في الطلاق الثلاث المقترن بعدد الثلاث، يقع ثلاثاً في المذاهب، وواحدة في القانون، فنصت المادة الثالثة من قانون عام ١٩٢٩ في مصر، والمادة (٩٢) من القانون السوري على أن «الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً»

حكم الطلاق الرجعي والبائن :

يشترك الطلاق الرجعي والبائن في أحكام منها :

وجوب نفقة العدة للمطلقة، وثبوت نسب ولدها الذي تلده للمطلق، ويهدم الزوج الثاني إذا تزوجت المطلقة بزوج آخر ما كان من الطلاق في الزواج الأول، سواء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أكان الطلاق ثلاثاً أم أقل، وقال باقي الفقهاء : إنه يهدم الثلاث لاغير، فتعود الى الأول بزوجية جديدة يملك فيها ثلاث طلقات. وينفرد الطلاق الرجعي عن البائن بأحكام.

حكم الطلاق الرجعي :

اتفق الفقهاء على أن الطلاق الرجعي له آثار هي[1] :

أ ـ نقص عدد الطلقات : يترتب على الطلاق أنه ينقص عدد الطلقات التي

---

(١) الدر المختار : ٦٤٥/٢، ٧٣٨، القوانين الفقهية : ص ٢٢٦، ٢٣٤، مغني المحتاج : ٣/ ٢٤٠، المغني : ٢٧٩/٧، غاية المنتهى : ١٨٠/٣، الشرح الصغير : ٦٠٦/٢

يملكها الزوج، فإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً بقي لـه طلقتـان، وإذا طلق طلاقاً آخر بقي له طلقة واحدة.

٢ً ـ انتهاء رابطة الزوجية بانتهاء العدة: فـإذا طلق الرجل طلاقـاً رجعيـاً وانقضت العدة من غير مراجعة بانت منه بانقضاء العدة، وحينئذ يحل مؤخر الصداق.

٣ً ـ إمكان المراجعة في العدة: يملك المطلّق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقاً، وكذا بالفعل عند الحنفية والحنابلة والمالكية، مادامت في العدة، فإذا انقضت العـدة بـانت منه، فلم يملك رجعتها إلا بإذنها.

٤ً ـ المرأة الرجعية زوجة يلحقها طلاق الرجل وظهاره وإيلاؤه ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه بالاتفاق. وإن خالعها صح خلعه عند الحنابلة والحنفية؛ لأنها زوجة صح طـلاقهـا، فصـح خلعهـا كما قبـل الطـلاق، وليس مقصـود الخلـع التحريم، بـل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها، والنكاح باق، ولا نأمن رجعته.

وقـال الشـافعي: لا يصح خلع المرأة الرجعيـة في أثنـاء العـدة؛ لأن الخلـع يراد للتحريم، وهي محرَّمة بالطلاق.

٥ ـ حرمة الاستمتاع عند الشافعية: قال الشافعيـة، والمـالكيـة في المشهور: يحرم الاستمتاع بالمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً بوطء وغيره حتى بـالنظر ولو بلا شهوة؛ لأنهـا مفارقة كالبـائن، ولأن النكاح يبيح الاستمتـاع فيحرمـه الطلاق؛ لأنـه ضـده، فـإن وطىء الزوج المطلقة فلاحد، ولا يعزر إلا معتقد تحريمه. وهذا هو الحق عندي.

وقـال الحنفيـة والحنـابلـة: الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء، فيجـوز الاستمتـاع بالرجعية ولو وطئها لاحـد عليـه؛ لأنـه مبـاح، لكن تكره الخلوة بهـا تنزيهـاً. ومن عبارات الحنفية فيـه: الطلاق الرجعي لا يزيل الملـك ولا الحل مـادامت في العـدة. والمقصود بالملك: حل الاستمتاع وسائر حقوق الزواج، والمقصود بالحل: بقاء المطلقـة حلالاً لمن طلقها ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم.

حكم الطلاق البائن :

أولاً ـ البائن بينونة صغرى : يظهر أثر الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يأتي بالاتفاق .

أ ـ زوال الملك لا الحل بمجرد الطلاق : فيحرم الاستمتاع مطلقاً والخلوة بعده ساعة الطلاق ، ولا يحق مراجعة المرأة إلا بعقد جديد ، ولكن يبقى الحل ، سواء في العدة أم بعدها بعقد جديد .

٢ ـ نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي .

٣ ـ يحل بمجرد الطلاق الصداق المؤجل الى أحد الأجلين : الموت أو الطلاق .

٤ ـ منع التوارث بين الزوجين : فإذا مات أحدهما أثناء العدة لا يرثه الآخر ؛ لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية بمجرد صدوره ، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت وقامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث ، فإنها عند الجمهور غير الشافعية ترثه إن مات في العدة ، وكذا بعد العدة عند المالكية ، معاملة له بنقيض مقصوده ، وهذا هو طلاق الفرار .

٥ ـ يلحق الطلاق الصريح عند الحنفية الطلاق البائن في أثناء العدة ، ويلحق البائن الصريح أيضاً بشرط العدة إلا إذا كان الطلاق الثاني بائناً بلفظ الكناية يحتمل الإخبار عن البينونة الأولى .

ثانياً ـ البائن بينونة كبرى :

هذا يزيل الملك والحل معاً ، ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وما يتبعها ، فيحل به الصداق المؤجل الى الطلاق أو الوفاة ، ويمنع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان طلاق فرار عند غير الشافعية كالبائن بينونة صغرى ، فيعامل بنقيض مقصوده وتحرم به المطلقة على الزوج تحريماً مؤقتاً ، ولا تحل له حتى تتزوج بزوج آخر ،

ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم يطلقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه.

فالبينونة الكبرى كالصغرى إلا في أمرين:

الأول ـ أن البينونة الكبرى لا محل بعدها بالاتفاق لوقوع طلاق آخر.

الثانية ـ أن المرأة في البينونة الكبرى لا يمكن أن ترجع إلى زوجها الأول حتى تتزوج بزوج آخر غيره.

حكم الطلاق الرجعي والبائن في القانون السوري:

نصت المادة ١١٨ من هذا القانون على حكم الطلاق الرجعي، وانقلابه بائناً بانتهاء العدة وهي:

١ ـ الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط.

٢ ـ تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي. ونص هذا القانون أيضاً على آثار الطلاق البائن، فنصت المادة (١١٩) على ما يلي:

الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج.

ونصت المادة (١٢٠) على الطلاق البائن بينونة كبرى:

الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً، ويمنع من تجديد العقد مالم تتوافر الشرائط المبينة في المادة (٣٦) من هذا القانون.

ونص المادة (٣٦) هو ما يلي:

١ ـ لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً.

٢ـ زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق، ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة.

تقسيم الطلاق إلى منجز ومعلق ومضاف:

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الصيغة من حيث اشتمالها على التعليق على أمر مستقبل أو الإضافة إلى زمن في المستقبل وعدم اشتمالها على التعليق إلى ثلاثة أنواع: منجز، ومعلق، ومضاف[1]:

أولاً ـ الطلاق المنجز أو المعجل: هو ما قصد به الحال، كأن يقول رجل لامرأته: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك. وحكمه: وقوعه في الحال وترتب آثاره عليه بمجرد صدوره، متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، والزوجة محلاً لوقوعه.

ثانياً ـ الطلاق المضاف: هو ما أضيف حصوله إلى وقت في المستقبل، كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق غداً، أو أول الشهر الفلاني أو أول سنة كذا.

وحكمه: وقوع الطلاق عند مجيء أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه، إذا كانت المرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها عند ذلك الوقت، وكان الرجل أهلاً لإيقاعه؛ لأنه قصد إيقاعه بعد زمن، لا في الحال.

فقوله: أنت طالق غداً، يقع بأول جزء منه وهو عند طلوع الفجر، وقوله: أنت طالق ليلاً إذا مضى يوم، فيقع عند غروب شمس غده، إذ به يتحقق مضي اليوم. وإن قال: نهاراً، ففي مثل وقته من غده تطلق لأن اليوم حقيقة في جميعه، وإن قال لزوجته: أنت طالق في شهر كذا كرمضان، وقع الطلاق في أول جزء من الليلة

---

(١) فتح القدير: ٢٢/٣، ٦١، ١٤٣، البدائع: ١٥٧/٣، الدر المختار: ٦٠٦/٢ ـ ٦٠٩، ٦٧٧ ـ ٦٩٠، اللباب: ٤٦/٣، ٥٣، القوانين الفقهية: ص٢٣١ ومابعدها، الشرح الصغير: ٥٧٦/٢ ـ ٥٨٣، مغني المحتاج: ٣٠٢/٣، ٣١٣ ـ ٣٣٤، و ٧١٨/٨، المهذب: ٨٦/٢ ـ ٩٦، غاية المنتهى: ١٤٧/٣ ـ ١٦٥، المغني: ١٦٤/٧ ـ ١٧١، ١٩٣ ـ ٢٢٨، كشاف القناع: ٣٣٣/٥ ـ ٣٥٨، بداية المجتهد: ٧٨/٢، المحلى: ٢٦٤/١٠، مسألة ١٩٧٣.

الأولى منـه ، وهـو حين تغرب الشمس من آخر يـوم من الشهر الـذي قبلـه وهـو شهر شعبان .

وإن قال : أنت طالق أمس أو أنت طالق قبل أن أتزوجـك ، وقصـد أن يقع في الحـال مستنـداً إلى الأمس ، وقـع في الحـال عنـد الحنفيـة ، والشـافعيـة على الصحيـح والحنابلة ، ولغا قصد الاستناد إلى أمس لاستحالته ؛ لأن الإنشـاء في المـاضي إنشـاء في الحال .

وظاهر كلام أحمد : أن الطلاق لا يقع إذا لم يكن له نية . وإن أراد الإخبار بأنه كان قد طلقها هو ، أو زوجٌ قبلـه في الزمـان المـذكور ، وكان قـد وجـد الطلاق ، قبل منه . وإن لم يوجد وقع طلاقه .

وإن قال : أنت طالق قبل أن أخلق أو قبل أن تخلقي ، أو طلقتـك وأنـا صبي أو نائم ، أو مجنون ، كان لغواً ؛ لأن حاصله إنكار الطلاق .

كـذلـك رأى الحنفيـة والشـافعيـة والحنـابلـة : إن قـال : أنت طـالق قبل موتي بشهرين أو أكثر ، فمـات قبل مضي شهرين ، لم تطلق لانتفـاء الشرط ، ولأن الطـلاق لا يقع في الماضي .

وإن مضى شهران ثم مات بعدهما ولو بساعة طلقت مستنـداً لأول المـدة لا عنـد الموت ، وفـائـدة الطلاق أنـه لا ميراث لهـا ؛ لأن العـدة قـد تنتهي بشهرين ، بثـلاث حيضات عند الحنفية ومن وافقهم .

وإن قال : أنت طالق قبل موتي ، ولم يزد شيئـاً ، طلقت في الحـال ؛ لأن مـا قبل موته من عقد صفة الطلاق ، محل للطلاق ، فوقع في أوله .

وإن قال لزوجته : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فقدم بعـد شهر وجزء يقع الطلاق فيه ، وقع مستنداً قبل الشهر عند الشافعية والحنابلة ؛ لأنه إيقاع الطلاق بعد

عقده، لأنه أوقع الطلاق في زمن على صفة، فإذا حصلت الصفة وقع فيه، كما لو قال: أنت طالق قبل رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر.

وقال الحنفية ما عدا زفر: يقع الطلاق مقتصراً عند قدوم زيد؛ لأنه جعل الشهر شرطاً لوقوع الطلاق، فلا يسبق الطلاق شرطه.

ثالثاً ـ الطلاق المعلق:

هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل، بأداة من أدوات الشرط أي التعليق، مثل إن، وإذا، ومتى، ولو ونحوها، كأن يقول الرجل لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، أو إذا سافرت إلى بلدك فأنت طالق، أو إن خرجت من المنزل بغير إذني فأنت طالق، أو متى كلمت فلاناً فأنت طالق.

ويسمى يميناً مجازاً؛ لأن التعليق في الحقيقة إنما هو شرط وجزاء، فإطلاق اليمين عليه مجاز، لما فيه من معنى السببية، ولمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر.

والتعليق إما لفظي: وهو الذي تذكر فيه أداة الشرط صراحة، مثل إن وإذا.

وإما معنوي: وهو الذي لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة، بل تكون موجودة من حيث المعنى، كقول الزوج: علي الطلاق لأفعلن كذا، أولا أفعل كذا، أو الطلاق يلزمني لا أفعل كذا. فالمقصود منها بحسب العرف: لزوم الطلاق إن حصل المحلوف عليه، أم لم يحصل.

أنواع الشرط المعلق عليه:

الشرط الذي يعلق الطلاق عليه إما أن يكون أمراً اختيارياً يمكن فعله والامتناع عنه، أو أمراً غير اختياري.

فإن كان الشرط أمراً اختيارياً يمكن أن يكون ويمكن ألا يكون: فإما أن

يكون فعلاً من أفعال الزوج، مثل إن دخلت دار فلان أو كلمت فلاناً فامرأتي طالق، أو إن لم أدفع حق فلان غداً فزوجتي طالق، ففي المثال الأول يكون التعليق لحمل نفسه على الامتناع من الدخول، وفي المثال الثاني يكون التعليق لحمل نفسه على دفع الدين أو الحق في الغد.

أو يكون فعلاً من أفعال الزوجة، مثل إن سافرت أو دخلت دار فلان فأنت طالق. ومثل: أنت طالق إن شئت، لم تطلق حتى تسافر أو تدخل الدار أو تشاء. أو يكون فعلاً لغير الزوجين، مثل: إن سافر أخوك فأنت طالق. وإن كان الشرط أمراً غير اختياري للإنسان فهو كالتعليق بمشيئة الله تعالى، وطلوع الشمس وموت فلان، ودخول الشهر، وولادة فلانة ونحوها.

شروط التعليق:

يشترط لصحة التعليق ما يأتي:

١ ـ أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معدوماً على خطر الوجود، أي يحتمل أن يكون وألا يكون. فلو كان موجوداً كان طلاقاً منجزاً، مثل إن خرجت أمس فأنت طالق، وقد خرجت فعلاً فتطلق في الحال. وإن كان المعلق عليه أمراً مستحيلاً عادة كالطيران وصعود السماء، مثل إن صعدت السماء فأنت طالق، ومنه التعليق بمشيئة الله تعالى، كأن يقول: أنت طالق إن شاء الله تعالى، فلا يقع عند الحنفية؛ لأن التعليق لا يصح، واليمين لغو، ووافقهم بقية المذاهب في التعليق بمستحيل عادة.

ووافقهم أيضاً المالكية والشافعية والظاهرية في التعليق بمشيئة الله، لا يقع الطلاق عندهم إن قصد التعليق، وقال الحنابلة: يقع الطلاق، لأن ما لا يمكن الاطلاع عليه يكون منجزاً ويقع في الحال، وسقط حكم تعليقه، قال ابن عباس: «إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، فهي طالق» وقال ابن عمرو وأبو

سعيد: « كنا معشر النبي ﷺ نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء إلا في الطلاق والعتاق » وذكر الشافعية: أنه لو قال: يا طالق إن شاء الله، وقع في الأصح نظراً لصورة النداء المشعر بحصول الطلاق حالته، والحاصل لا يعلق، بخلاف أنت طالق إن شاء الله وقصد التعليق فإنه لم يقع.

ورأي غير الحنابلة أصح لدي لحديث ابن عمر: « من حلف على يمين، فقال: إن شاء الله، فلا حنث عليه »[1] وحديث ابن عباس: « من قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، أو لغلامه: أنت حر، أو قال: عليَّ المشي إلى بيت الله إن شاء الله، فلا شيء عليه »[2].

٢ـ أن يحصل المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها: بأن تكون في حال الزوجية فعلاً، أو حكماً في أثناء العدة باتفاق الفقهاء، أو في أثناء العدة من الطلاق البائن بينونة صغرى عند الحنفية، خلافاً لباقي المذاهب فلو قال الرجل لامرأة أجنبية: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، فكلمته، لم يقع الطلاق وكذا لو تزوجها ثم كلمت فلاناً، لا تطلق؛ لأنها وقت التعليق لم تكن محلاً لإيقاع الطلاق.

ولو قال لامرأته المطلقة طلاقاً رجعياً في أثناء العدة: إن كلمت فلاناً، فأنت طالق، فكلمته في العدة، وقع الطلاق عليها باتفاق الفقهاء، وكذا تطلق لو كانت عند الحنفية في عدة طلاق بائن بينونة صغرى، ولا تطلق حينئذ في المذاهب الأخرى.

ولا يشترط عند حصول المعلق عليه أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، فلو طلق طلاقاً معلقاً ثم جن أو عته، ووجد المعلق عليه، وقع الطلاق؛ لأن الصيغة صدرت من أهلها مستوفية شروطها، فيترتب عليها أثرها.

---

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذي: حديث حسن (نصب الراية: ٢٣٤/٣).

(٢) أخرجه ابن عدي، وهو معلول بإسحاق الكعبي (نصب الراية: ٢٣٥/٣).

حكم الطلاق المعلق أو اليمين بالطلاق :

اختلف الفقهاء في اليمين بالطلاق أو الطلاق المعلق على ثلاثة أقوال[1] ، كأن يعلق طلاق زوجته على أمر في المستقبل، ويوجد المعلق عليه، مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو كلمت زيداً، أو إن قدم فلان من سفره، فأنت طالق. أو يقول لها في العرف الشائع اليوم: علي الطلاق إن ذهبت لبيت أهلك، أو سافرت، أو ولدت أنثى، أو علي الطلاق إن لم أتزوج زوجة أخرى ونحوه.

١ - فقال أئمة المذاهب الأربعة: يقع الطلاق المعلق متى وجد المعلق عليه، سواء أكان فعلاً لأحد الزوجين، أم كان أمراً سماوياً، وسواء أكان التعليق قسمياً: وهو الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر، أم شرطياً يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط.

٢ - وقال الظاهرية والشيعة الإمامية: اليمين بالطلاق أو الطلاق المعلق إذا وجد المعلق عليه لا يقع أصلاً، سواء أكان على وجه اليمين: وهو ما قصد به الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر، أم لم يكن على وجه اليمين، وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه.

٣ - وقال ابن تيمية وابن القيم بالتفصيل: إن كان التعليق قسمياً أو على وجه اليمين ووجد المعلق عليه، لا يقع، ويجزيه عند ابن تيمية كفارة يمين إن حنث في يمينه، ولا كفارة عليه عند ابن القيم، وأما إن كان التعليق شرطياً أو على غير وجه اليمين، فيقع الطلاق عند حصول الشرط.

---

(١) فتح القدير: ٧٦/٤ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص٢٣١، مغني المحتاج: ٣١٤/٣ ومابعدها، المغني: ١٧٨/٧ ومابعدها، المحلى: ٢٥٨/١٠ ومابعدها، مسألة ١٩٦٩، المختصر النافع من فقه الإمامية: ص٢٢٢، أعلام الموقعين: ٦٦/٣ ومابعدها، مقارنة المذاهب للأستاذين شلتوت والسايس: ص١٠٨ ومابعدها.

أدلة الأقوال :

أدلة القول الأول : استدل أئمة المذاهب الأربعة بالكتاب والسنة والمعقول :

١ ـ الكتاب : استدلوا بإطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق وتفويض الأمر فيه إلى الزوج ، مثل قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾ ، فهي لم تفرق بين منجز ومعلق ، ولم تقيد وقوعه بشيء ، والمطلق يعمل به على إطلاقه . فيكون للزوج إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزاً أو مضافاً أو معلقاً على وجه اليمين أو غيره .

٢ ـ السنة : استدلوا بقوله ﷺ : «المسلمون عند شروطهم» وبوقائع كثيرة حدثت في عصر النبي والصحابة ، منها : ما أخرجه البخاري عن ابن عمر قال : «طلق رجل امرأته ألبتة إن خرجت» فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بانت منه ، وإن لم تخرج فليس بشيء .

ومنها : ما رواه البيهقي عن ابن مسعود في رجل قال لامرأته : إن فعلتْ كذا وكذا ، فهي طالق ، ففعلته ، فقال : هي واحدة ، وهو أحق بها .

ومنها : ما صح عن أبي ذر الغفاري أن امرأته لما ألحت عليه في السؤال عن الساعة التي يستجيب الله فيها الدعاء يوم الجمعة قال لها : «إن عدت سألتِني فأنت طالق» .

ومنها : ما أسنده ابن عبد البر عن عائشة رضي الله عنها قالت : «كل يمين وإن عظمت ، ففيها الكفارة إلا العتق والطلاق» .

ومنها : ما رواه البيهقي عن ابن عباس في رجل قال لامرأته : هي طالق إلى سنة ، قال : يستمتع بها إلى سنة . وهذا الأثر في التعليق الشرطي ، وكل ما سبق قبله في التعليق القسمي .

وعن الحسن البصري فيمن قال لامرأته : أنت طالق إن لم أضرب غلامي فأبق

الغلام (هرب)، قال: هي امرأته يستمتع بها، ويتوارثان، حتى يفعل ما قال. فإن مات الغلام قبل أن يفعل ما قاله، فقد ذهبت منه امرأته.

وروى البيهقي عن أبي الزناد عن فقهاء أهل المدينة أنهم كانوا يقولون: أيما رجل قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت حتى الليل، فخرجت امرأته قبل الليل بغير علمه، طلقت امرأته.

فكل هذه الآثار تدل على وقوع الطلاق المعلق عند حدوث الشرط المعلق عليه.

٣ ـ المعقول: قد تدعو الحاجة إلى تعليق الطلاق كما تدعو إلى تنجيزه، زجراً للمرأة، فإن خالفت كانت هي الجانية على نفسها. ويقاس الطلاق القسمي على المداينة إلى أجل والعتق إلى أجل.

أدلة القول الثاني:

استدل الظاهرية والإمامية على قولهم بأن تعليق الطلاق يمين، واليمين بغير الله تعالى لا تجوز، بقوله ﷺ: «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله»[1] ثم قالوا: ولا طلاق إلا ما أمر الله عز وجل، ولا يمين إلا كما أمر الله عز وجل على لسان رسوله ﷺ، واليمين بالطلاق ليس مما سماه الله تعالى يميناً، والله تعالى يقول: ﴿ومن يتعدَّ حدود الله فقد ظلم نفسه﴾، ولم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق المعلق.

ورد هذا: بأن تسمية الطلاق المعلق يميناً إنما هو على سبيل المجاز، من حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعالى: وهو الحث على الفعل، أو المنع منه، أو تأكيد الخبر، فلا يكون الحديث المذكور متناولاً الطلاق المعلق. ثم إن السنة وردت بوقوع الطلاق المعلق.

واستدلوا أيضاً بما رواه ابن حزم وابن القيم عن علي وشريح أنهم كانوا يقولون:

---

(١) رواه أبو عبيد عن ابن عمر.

«الحلف بالطلاق ليس بشيء» ورد عليه بأن المروي عن علي في حال الاضطهاد، والمروي عن شريح في حالة عدم وقوع الأمر المعلق عليه، والمروي عن طاوس مؤوّل بأنه ليس شيئاً مستقيماً في السنة بمعنى لا ينبغي أن يحصل.

واستدلوا كذلك بأن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه دون تقييد بشرط أو صفة لا يقع بعدئذ. ورد هذا بأن المعلّق ليس موقعاً للطلاق حين التلفظ، وإنما عند تحقق الشرط.

وقاسوا الطلاق على النكاح، فكما لا يصح تعليق النكاح لا يصح تعليق الطلاق. ورد عليه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن تعليق النكاح مناف للمقصود منه، أما الطلاق فإنه لا ينافيه.

أدلة القول الثالث:

استدل ابن تيمية وابن القيم على رأيهم التفصيلي:

١ً ـ بأن الطلاق المعلق القسمي إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر، كان في معنى اليمين، فيكون داخلاً في أحكام اليمين في قوله تعالى: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ وقوله سبحانه: ﴿ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾. وإن لم تكن يميناً شرعية كانت لغواً.

ورد عليها بأن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لا شرعاً ولا لغة، وإنما هو يمين على سبيل المجاز، لمشابهة اليمين الشرعية في إفادة الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر، فلا يكون له حكم اليمين الحقيقي: وهو الحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته، بل له حكم آخر: وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه.

٢ ـ وبأن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس أفتوا ليلى بنت العجماء بأن تكفر عن يمينها حينما حلفت بالعتق فقالت: كل مملوك لها محرر، وكل مال لها هدي، وهي

يهودية وهي نصرانية إن لم يطلق مولاها أبو رافع امرأته، أو يفرق بينه وبينها، فيكون الحلف بالطلاق مثله وهو أولى.

ورد عليهما بأن الآثار المروية عن الصحابة في الاعتداد بالتعليق أقوى من هذا؛ لأن رواتها من رجال الصحيح.

٣ـ وبما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه: «الطلاق عن وَطَر والعتق: ما ابتغي به وجه الله» أي أن الطلاق إنما يقع ممن غرضه إيقاعه، لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره.

وأجيب بأن معنى الوطر ليس هو كما ذكرتم، بل معناه: لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز.

وفي تقديري أن القول الأول هو الأصح دليلاً، لكن يلاحظ أن الشبان غالباً يستخدمون اليمين بالطلاق للتهديد لا بقصد الإيقاع، وهذا يجعلنا نميل إلى القول الثالث، لا سيما وقد أخذ به القانون في مصر رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وفي سورية، فنصت المادة الثانية من القانون الأول والمادة (٩٠) من القانون الثاني على الأخذ برأي ابن تيمية وابن القيم:

«لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء، أو المنع منه، أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير».

ملحق ـ حكم طلاق المريض مرض الموت:

نبحث هنا حكم طلاق المريض مرض الموت ونحوه، وشروط ثبوت ميراث زوجته منه، وبعض الأحكام الفرعية في مرض الموت[1].

---

(١) فتح القدير: ١٥٠/٣ ومابعدها، الدر المختار: ٧١٥/٢ ـ ٧٢٣، اللباب: ٥٢/٣، القوانين الفقهية: ص٢٢٨، مغني المحتاج: ٢٩٤/٣، المغني: ٣٢٩/٦ ـ ٣٣٩، المختصر النافع في فقه الإمامية: ص٢٢٣، المحلى: ٢٦٦/١٠، مسألة ١٩٧٦.

المقصود بمريض الموت: كل من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره له حكم مرض الموت، ويسمى طلاقه طلاق الفارّ أو الفرار، لفراره من إرث زوجته، فيرد عليه قصده إلى تمام عدتها عند الحنفية، ولو بعد انقضاء العدة عند المالكية، وما لم تتزوج في المشهور عند الحنابلة.

ومريض الموت كما قال الحنفية: هو من أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه المعتادة خارج البيت، كعجز العالم الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز التاجر عن الإتيان إلى دكانه. وأما المرأة المريضة: فهي التي عجزت عن مصالحها المعتادة داخل البيت كطبخ ونحوه. واستمر المرض في حدود السنة دون تزايد، وأعقبه الموت، فالمراد من مرض الموت: هو الذي يتحقق فيه أمران:

الأول ـ أن يكون الغالب فيه الهلاك عادة، الثاني ـ أن يتصل به الموت. ويلحق به من يترقب الموت كالمحكوم عليه بالإعدام، والمشرف على الغرق في سفينة.

حكمه: له أحكام، منها: أنه لا يصح تبرعه إلا من ثلث التركة، ومنها نفاذ طلاقه وإرث امرأته منه إذا مات وهي في العدة عند الحنفية، وتفصيل حكم طلاقه ما يأتي:

اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه فيها في طلاقها في حال الصحة؛ لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه، ويملك إمساكها بالرجعة ولو بغير رضاها، ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد.

أما إن طلقها في حال الصحة طلاقاً بائناً أو رجعياً، فبانت منه بانقضاء عدتها، فلم يتوارثا إجماعاً.

واتفق الفقهاء أيضاً على أن الرجل إذا طلق امرأتـه في مرض الموت ثم مـاتت، لم يرثها وإن ماتت في العدة.

واختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً إذا مات الزوج في أثناء العـدة من هذا الطلاق. وهذا محل البحث هنا، وهو حكم طلاق الفرار.

فقال الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية): إنها ترثه، وقال الشـافعي في الجديـد: لا ترثـه. وقـال الظـاهريـة: طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فـإذا مـات أو مـاتت فلا توارث بينهما بعـد الطلاق الثـلاث، ولا بعـد تمـام العـدة في الطلاق الرجعي.

الأدلة:

استدل الشافعي على أن المرأة المطلقـة في عـدة طلاق بـائن لا ترث من زوجهـا الذي طلقها: بانقطاع آثار الزوجيـة بـالطلاق البـائن، والميراث لا يثبت بعـد زوال سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي، فإنها ترث بالاتفاق لبقاء آثار الزوجية، كلحوق الطلاق لها والإيلاء منها ونحوهما.

واستدل الجمهور بالأثر والمعقول:

أمـا الأثر: فـإن عثمان رضي الله عنـه ورث تمـاضر بن الأصبـغ الكلبيـة من عبـد الرحمن بن عـوف، الـذي كان قـد طلقهـا في مرضـه، فبتَّهـا، وكان ذلــك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم.

وأما المعقول: فهو أن تطليقهـا بغير اختيـارهـا يـدل على قصـده حرمـانهـا من الإرث، فيعـاقب بنقيض قصـده، كما يرد قصـد القـاتل إذا قتل مورثـه بحرمـانـه من الإرث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعاً للضرر عنها.

وقت الإرث : لكن اختلف الجمهور في وقت الإرث ، فقال الحنفيـة : إنهـا ترث إذا مات وهي في العدة من هذا الطلاق البائن ، لبقاء بعض أحكام الزواج فيبقى حق إرثها منه ، فإن مات بعـد انقضـاء العـدة ، فلا ميراث لهـا ؛ لأنـه لم يبق بينهما علاقـة ، وصارت كالأجنبية ، ففي أثنـاء العـدة : ترث بسبب الإمكان وهو بقـاء بعض أحكام الزوجية ، وبعد انقضاء العدة : لا ترث لعدم الإمكان وانقطاع آثار الزوجية السابقة .

وقال المالكية : إنهـا ترث وإن انقضت عـدتهـا وتزوجت ، لمـا روى أبو سلمـة بن عبد الرحمن «أن أباه طلق أمه ، وهو مريض ، فمات ، فورثته بعد انقضاء العدة» ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة .

وعند الإمامية ، والمشهور عن أحمد : أنها ترثه في العدة وبعدهـا مـالم تتزوج ، لمـا روي عن الحسن البصري ، ولأن هـذه المطلقـة وارثـة من زوج ، فلا ترث زوجـاً سواه كسائر الزوجات ، فلو ورثت بعد الزواج بغيره لأدى ذلـك إلى توريثهـا من زوجين في بعض الأحوال ، والمرأة لا تكـون زوجـة لاثنين شرعـاً ، والتـوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر ، ولأنها فعلت باختيارهـا مـا ينـافي نكاح الزوج الأول لها ، فأشبه مالو كان فسخ النكاح من قبلها .

شروط ثبوت الميراث : يشترط لثبوت ميراث المرأة في طلاق الفرار ما يأتي :

١ً ـ ألا يصح الزوج من ذلك المرض ، وإن مات منه بعد مدة .

٢ً ـ أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه .

٣ً ـ أن يكون الطلاق البـائن بعـد الـدخـول الحقيقي : فلـو كان الطـلاق قبـل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحـة لا يعتبر المطلِّق فـارّاً ولا تستحق الزوجـة الميراث ؛ لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق . ووجوب العدة بعـد الخلوة عنـد الحنفيـة ومن وافقهم للاحتياط محافظة على الأنساب ، والميراث حق مالي لا يثبت للاحتياط .

٤ً ـ أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة : أي منه لا منهـا ولا بسببهـا ، فلو كان

برضاها لا يثبت لها الميراث، ولا يصف المطلق بالفرار. وعليه لو كان الطلاق بالتمليك والتخيير بأن قال لها: اختاري، والخلع بأن اختلعت منه على مال دفعته له في سبيل تطليقها، والتفريق القضائي لعيب في الزوج، ثم مات وهي في العدة، لم ترثه، لتحقق رضاها بإبطال حقها في الميراث.

٥ً ـ أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت الطلاق، وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت الموت. فإذا لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق، بأن كانت كتابية وهو مسلم، فلا يثبت لها الميراث، لعدم تحقق صفة الفرار. ولو كانت مسلمة وقت الطلاق، ثم خرجت عن هذه الأهلية قبل الموت فارتدت، فإنها لا ترث؛ لأنها بالردة سقط حقها في الميراث، ولا يعود لها عند الجمهور غير المالكية هذا الحق بالإسلام؛ لأن الساقط لا يعود.

وقال مالك: لو عادت إلى الإسلام بعد أن ارتدت ثم مات في عدتها، فإنها ترثه؛ لأنها مطلّقة في المرض، فأشبه ما لو لم ترتد.

الفرقة من جهة الزوجة المريضة مرض الموت: إذا حدثت الفرقة من جهة الزوجة وهي مريضة مرض الموت ونحوه مما يغلب فيه الهلاك، فإنها تعد فارّة من ميراث زوجها، فتعامل بنقيض مقصودها، ويرثها الزوج إذا ماتت وهي في العدة، ولا ترث هي منه إذا مات ولو كانت في العدة.

وإذا قصدت الزوجة بالفرقة إبطال حق الزوج، رد عليها قصدها وثبت له الميراث، كأن يكون لها خيار الفسخ، أو ترتكب مع أحد أصول الزوج أو فروعه في مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ترتد عن الإسلام وهي في مرض موتها، فإنها تعتبر فارّة من الميراث، فيرثها زوجها إذا ماتت قبل انقضاء عدتها؛ لأن الفرقة جاءت بسبب من جهتها.

ومما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية والحنابلة: أن يستكره الابن امرأة أبيه

على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه، فمات أبوه من مرضه المذكور، ورثته ولم يرثها إن ماتت. فإن طاوعته على الحرام، لم ترث؛ لأنها مشاركة فيما ينفسخ به نكاحها، فأشبه مالو خالعته.

وكذلك الحكم فيما إذا وطئ المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها، كأم امرأته أو ابنتها، فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه، ولا يرثها، سواء طاوعته الموطوءة أو أكرهها، فإن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل، فيسقط به ميراثها.

ولا يرى الشافعي فسخ النكاح بالوطء الحرام.

وإن فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها، كرضاع امرأة صغيرة لزوجها، أو رضاع زوجها الصغير، أو ارتدت أو نحوها، فماتت في مرضها، ورثها الزوج ولم ترثه عند الحنفية والحنابلة والمالكية، وقال الشافعي: لا يرثها.

زواج المريض المطلّق بأخرى: إذا طلق المريض امرأته، ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة، ورثتاه عند الحنفية والحنابلة، وقال مالك: الميراث كله للمطلقة؛ لأن نكاح المريض عنده غير صحيح.

المبحث السادس ـ الشك في الطلاق وإثبات الطلاق:

الشك في الطلاق: الشك لغة ضد اليقين، واصطلاحاً: تردد على السواء، والمراد هنا مطلق التردد، سواء أكان على السواء بين الاحتمالين أم ترجح أحد الاحتمالين. وحكمه باتفاق الفقهاء[1]: أن اليقين لا يزول بالشك، وعدم الشك من الزوج في الطلاق هو شرط الحكم بوقوع الطلاق، فلو شك فيه لا يحكم بوقوعه، ولا يعتزل امرأته.

---

(١) البدائع: ١٢٦/٣، القوانين الفقهية: ص٢٣٠، المهذب: ١٠٠/٢، مغني المحتاج: ٣٠٣/٣ ومابعدها، كشاف القناع: ٣٨١/٥ ومابعدها، المغني: ٢٤٧/٧.

ـ فمن شك في طلاقه، هل طلق أم لا، لم تطلق امرأته؛ لأن النكاح كان ثابتاً بيقين، ووقع الشك في زواله بالطلاق، فلا يحكم بزواله بالشك، كحياة المفقود، إنها لما كانت ثابتة، ووقع الشك في زوالها، لا يحكم بزوالها بالشك، والحاصل: أن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك.

ـ ومن شك في صفة الطلاق: أنه طلقها رجعية أو بائنة، يحكم بالرجعية؛ لأنها أضعف الطلاقين، فكانت متيقناً بها.

ـ ومن شك في عدد الطلاق بنى على اليقين، وهو الأقل، فمن شك في طلاق ثلاث، فيحكم عند الجمهور غير المالكية بوقوع طلقة واحدة حتى يستيقن؛ لأن ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه، فلم يلزمه، كما لو شك في أصل الطلاق، وتبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة، وإذا راجع، وجبت النفقة وحقوق الزوجية.

وقال المالكية: إن تيقن الطلاق، وشك في العدد، لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره؛ لأنها تحتمل طلاقاً ثلاثاً.

ـ وإن حلف بالطلاق ثم شك: هل حنث أم لا، أمر عند المالكية بالفراق.

ـ وإن شك في وجود الشرط الذي علق عليه الطلاق، مثل: أنت طالق إن فعلت كذا، أو أنت طالق إن لم أفعل كذا اليوم، فمضى اليوم وشك في فعله، لم تطلق؛ لأن النكاح ثابت بيقين، فلا يزول بالشك.

ـ ومن طلق إحدى امرأتيه بذاتها، ثم نسيها أو خفيت عليه ذاتها، بأن طلقها في ظلمة أومن وراء حجاب، رجع إليه عند الشافعية في تعيينها، ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين، والوطء ليس بياناً ولا تعييناً، ولو ماتت المرأتان أو احداهما يطالب بالتعيين لبيان الإرث، ولو مات فالأظهر قبول بيان وارثه لا تعيينه، وقال الحنابلة: تعين إحداهما بقرعة.

وإن طلق إحدى امرأتيه، ولم ينو معينة، لزمه التعيين عند الشافعية. وأخرجت المطلقة بالقرعة عند الحنابلة، خلافاً لما ذهب إليه أكثر العلماء، عملاً بما روي عن علي وابن عباس، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية، فتدخله القرعة كالعتق، ولأن الحق لواحد غير معين، فوجب تعيينه بقرعة كإعتاق عبيده في مرضه، وكالسفر بإحدى نسائه، وكالمنسية، ولا يملك إخراج امرأة بتعيينه بغير القرعة، ويجوز له وطء الباقي من نسائه بعد القرعة لبقاء نكاحهن، ولا يجوز وطء إحداهن قبل القرعة إن كان الطلاق بائناً، لاحتمال أن تكون هي التي تقع عليها القرعة، وإن كان الطلاق رجعياً جاز وطء الكل، وبه تحصل الرجعة.

- ولو قال: إن كان الطائر غراباً فأنت طالق، وشك هل كان غراباً أو لا، فلا نحكم بوقوعه. ولو قال شخص آخر: إن لم يكن هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وجهل حال الطائر، لم يحكم بطلاق المرأة، لجواز أنه غير غراب، والأصل بقاء النكاح، فتعليق الطلاق لا يغير حكمه. وقال الحنابلة: من قال عن طائر: إن كان هذا الطائر غراباً ففلانة طالق، وإن لم يكن غراباً ففلانة طالق، وجهل أي المرأتين طلق، فالمطلقة منهما كالمنسية، يقرع بينهما؛ لأنه لا سبيل إلى معرفة المطلقة منهما عيناً أو بالذات، فهما سواء، والقرعة طريق شرعي لإخراج المجهول.

الورع التزام الطلاق: لكن يلاحظ أن الشافعية والحنابلة نبهوا على أن الورع في حال الشك هو التزام الطلاق والأخذ بالأسوأ لقوله ﷺ: «فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه»[1] وقوله: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[2]. فمن شك في الطلاق، يراجع إن كان له الرجعة، وإلا فيجدد نكاحها إن كان له فيها رغبة، وإلا فلينجز طلاقها لتحل لغيره يقيناً. ومن شك في عدد الطلاق في أنه طلق

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن النعمان بن بشير.

(٢) رواه الترمذي وصححه.

ثلاثـاً أم ثنتين، لم ينكحهـا حتى تنكح زوجـاً غيره. ولو شـك: هل طلق ثلاثـاً أو لم يطلق شيئاً، طلقها ثلاثاً لتحل لغيره يقيناً.

أدلة العمل بالمتيقن: والأصل في طرح الشك والعمل بالمتيقن حديث عبد الله بن زيـد عن النبي ﷺ: «أنـه سئـل عن الرجـل يخيـل إليـه أنـه يجـد الشيء في الصلاة، فقال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»[1] فأمره بـالبنـاء على اليقين واطراح الشك، ولأنـه شـك طرأ على يقين، فوجب اطراحـه، كما لو شـك المتطهر في الحدث، أو شك المحدث في الطهارة.

وبناء عليـه قرر الفقهـاء مـا سبق وخلاصتـه: إن وقع الشـك في أصل الطلاق، لا يحكم بوقوعه؛ لأن النكاح كان ثابتاً بيقين، وإن وقع في قدر الطلاق أو عـدده، يحكم بالأقل عند الجمهور غير المالكية؛ لأنه متيقن به، وفي الزيادة شـك. وإن وقع الشـك في وصف الطلاق أنه طلقها رجعية أو بائنة، يحكم بالرجعية؛ لأنها أضعف الطلاقين، فكانت متيقناً بها.

إثبات الطلاق:

إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها، وأنكر هو، فمذهب المـالكيـة[2]: أنـه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهـد واحـد، حلّف الزوج وبرئ، وإن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف.

وإن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج، وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها.

وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث، فالقول قول الزوج بيمينه.

---

(١) متفق عليه.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٣١.

وذكر الحنابلة[1] : إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها ، فالقول قول الزوج بيمينه ؛ لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق ، إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ، ولا يقبل فيه إلا عدلان ؛ لأن الطلاق ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال كالحدود والقصاص . فإن لم تكن بينة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث : «اليمين على من أنكر» .

ملحق ببحث الطلاق ـ الرجعة وزواج التحليل :

الرجعة :

أولاً ـ تعريف الرجعة ومشروعيتها وحكمها وركنها ونوعاها وأحكام الرجعية[2] :

تعريفها : الرجعة لغة : المرة من الرجوع ، واصطلاحاً عند الحنفية : هي استدامة الملك القائم بلا عوض مادامت في العدة ، أي استدامة الزواج في أثناء عدة الطلاق الرجعي . والطلاق الرجعي كما بينا : تطليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال ، بصريح الطلاق غير المقترن بعدد الثلاث ، أو ببعض الكنايات المخصوصة (وهي اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة) . وهذا يعني أن الرجعة تدل على بقاء الزواج بعد الطلاق الرجعي وأنها استدامة له ، وليست إنشاء لعقد جديد ، ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله ، وهذا يتفق مع مبدأ بقاء أحكام الزواج بعد الطلاق الرجعي ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ سماه بعلاً ، وهذا يقتضي بقاء الزوجية بينهما .

---

(١) المغني : ٢٥٩/٧ .

(٢) الدر المختار : ٧٢٧/٢ ـ ٧٣٨ ، فتح القدير : ١٦٠/٣ ، اللباب : ٥٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٤ ، الشرح الصغير : ٦٠٤/٢ ، ٦١٤ ، الشرح الكبير : ٤١٥/٢ ، مغني المحتاج : ٣٣٥/٣ ، ٣٤٠ ، المهذب : ١٠٢/٢ ، كشاف القناع : ٣٩٢/٥ ـ ٣٩٥ ، المغني : ٢٧٣/٧ وما بعدها ، ٢٧٩ .

وعرفها الجمهور غير الحنفية بأنها : إعادة المطلَّقـة طلاقـاً غير بـائن إلى الزواج في العدة بغير عقد . وهذا يعني أن الزواج ينتهي بالطلاق الرجعي ، وأن الرجعة تعيـده بعـد زوالـه . وهو الراجح لـدي ، لاتفـاقـه مع مقتضى الطـلاق الـذي يحرم المرأة لغـة وعرفاً .

مشروعيتها : والرجعة مشروعـة لقولـه تعـالى : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ﴾ أي في العدة ، ﴿ إن أرادوا إصلاحاً ﴾ أي رجعـة ، كما قـال الشـافعي والعلمـاء . ولقـولـه تعـالى : ﴿ الطـلاق مرتـان فـإمسـاك بمعروف أو تسريـح بـإحسـان ﴾ ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ والرد والإمساك مفسران بالرجعة .

ولقوله ﷺ : « أتاني جبريل فقال : راجع حفصة ، فإنهـا صوامـة قوَّامـة ، وإنهـا زوجتك في الجنة »[1] وقوله ﷺ لعمر : « مره فليراجعها » كما سبق .

وأجمع العلماء على أن الرجل إذا طلق دون الثلاث له الرجعة في العدة .

وبناء عليه : إذا طلق الرجل امرأته المدخول بها تطليقـة رجعيـة أو تطليقتين ، فله أن يراجعها في عدتها ، سواء رضيت بذلك أم لم ترض ؛ لأنها عند الحنفية باقية على الزوجية ، بدليل جواز الظهار عليها ، والإيلاء واللعـان والتوارث ، وإيقـاع الطلاق الآخر مادامت في العدة بالإجماع .

حكمتها : وحكمة تشريع العدة : إعطـاء فرصـة للزوج للنظر في أمر الزوجـة ، والتفكير في مصيرها ، فهل من الخير والمصلحة عودة الحيـاة الزوجيـة ، فيراجعهـا قبل انقضاء عدتها ، أم أن الخير في الطلاق ، فيتركها حتى تنتهي عدتها وتبين منه .

وركن الرجعة عنـد الحنفيـة : الصيغـة أو الفعل فقـط ، وعنـد الجمهور : أركانهـا

---

(١) رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن .

ثلاثة : مرتجع ، وصيغة فقط عند الشافعية وكذا وطء عند الحنابلة ، أو فعل أو نية عند المالكية ، وزوجة .

نوعاها : والرجعة نوعان : رجعة من طلاق رجعي ، ورجعة من طلاق بائن . أما الرجعة من الطلاق الرجعي فتكون بالقول اتفاقاً ، وتكون بالفعل : وهو أن يستمتع بها بالوطء فما دونه . ولا يجب في الارتجاع من الطلاق الرجعي صداق ولا ولي ولا يتوقف على إذن المرأة ولا غيرها .

فإذا انقضت عدتها ، صارت رجعتها كالرجعة من الطلاق البائن ، ويحتاج في ذلك ما يحتاج في إنشاء الزواج من إذن المرأة وبذل صداق لها وعقد وليها عند الجمهور المشترطين وجود الولي خلافاً للحنفية . ويجوز بالاتفاق عقد زواج جديد على المطلقة طلاقاً بائناً سواء في العدة أم بعدها .

أحكام المرأة الرجعية : تعود المرأة الرجعية بالرجعة إلى الزواج بكل ماله وما عليه ، ويكون لها حكم الزوجات ، وتخالفها في أشياء ، ومما تخالف الزوجة ما يأتي :

تحريم الاستمتاع بها عند الشافعية والمالكية : فيحرم الاستمتاع بالرجعية قبل المراجعة بوطء أم غيره حتى بالنظر ولو بلا شهوة ؛ لأنها مفارقة كالبائن ، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع ، فيحرمه الطلاق ، لأنه ضده . وهذا هو الحق ، وإلا لم يكن للطلاق أثر في التحريم .

فإن وطئ الزوج الرجعية فلا حد عليه ، وإن كان عالماً بالتحريم ، لاختلاف العلماء في إباحته . ولا يعزر إلا معتقد تحريمه إذا كان عالماً بالتحريم ، لإقدامه على معصية عنده ، بخلاف معتقد حله ، والجاهل بتحريمه لعذر . ومثله المرأة . ويعد كالوطء في استحقاق التعزير سائر التمتعات .

ويجب عند الشافعية بوطء الرجعية مهر المثل إن لم يراجع، وكذا إن راجع على المذهب.

ورأى المالكية: أنه ـ بالرغم من تحريم وطء الرجعية على المشهور ـ لا صداق ولا حد في الوطء الخالي عن نية الرجعة؛ لأنها زوجة ما دامت في العدة.

وذهب الحنفية، والحنابلة في ظاهر المذهب إلى أنه لا يحرم الاستمتاع بالرجعية، فيباح لزوجها وطؤها، ويباح له عند الحنابلة الخلوة بها والسفر بها، ولها أن تتزين له، وتسرف في الزينة؛ لأنها في حكم الزوجات، كما قبل الطلاق، لكن لا قسم لها عندهم، والسبب في إباحة الاستمتاع بها تسمية الزوج بعلاً في آية: ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ وأن له أن يطلّق.

وأثبت الحنفية للرجعية القسم إن كان من قصده المراجعة، وإن لم يقصدها فلا قسم لها، لكن يندب عدم دخول الزوج عليها بلا إعلامها لتتأهب وإن قصد مراجعتها، وتكره الخلوة بها كراهة تنزيهية إن لم يكن من قصده الرجعة، وإلا فلا تكره.

والمرأة الرجعية مثل الزوجة اتفاقاً في لزوم النفقة والكسوة والسكنى، وفي صحة الإيلاء منها والظهار والطلاق واللعان والتوارث، فيرث كل منهما الآخر.

ومرض الموت والإحرام بحج أو عمرة لا يمنعان من الرجعة للمطلقة الرجعية، ويمنعان من رجعة البائن، كما يمنعان من إنشاء النكاح في رأي الجمهور غير الحنفية، الذين لا يجيزون الزواج في أثناء الإحرام.

ثانياً ـ من له حق الرجعة وعدم قبول إسقاطه:

الرجعة حق الزوج ما دامت المطلقة في العدة، سواء رضيت بذلك أم لم ترض، لقوله تعالى: ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً ﴾ وهذا الحق

للمرتجع أثبته الشرع له، فلا يقبل الإسقاط ولا التنازل عنه، فلو قال الزوج: طلقتك ولا رجعة لي عليك، أو أسقطت حقي في الرجعة، فإن حقه في الرجعة لا يسقط؛ لأن إسقاطه يعد تغييراً لما شرعه الله، ولا يملك أحد أن يغير ما شرعه الله، والله سبحانه رتب حق الرجعة على الطلاق الرجعي في آية: ﴿الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾.

ثالثاً ـ شروط صحة الرجعة:

يشترط في الرجعة ما يأتي[1]:

شرط المرتجع: يشترط في المرتجع أهلية الزواج بنفسه، بأن يكون عند الشافعية والمالكية والحنابلة بالغاً عاقلاً مختاراً غير مرتد؛ لأن الرجعة كإنشاء النكاح، فلا تصح الرجعة في الردة والصبا والجنون والسكر، ولا من مكرَه، كما لا يصح الزواج فيها، ولأن طلاق الصبي غير لازم أو غير واقع. وأجاز الحنفية الرجعة للصبي لأن نكاحه صحيح يتوقف على إجازة وليه. وأجاز الحنابلة والشافعية الرجعة لولي المجنون؛ لأنها حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة، وأجاز الحنفية للمجنون والمعتوه والمكره الرجعة.

ولا يشترط في المرتجع بالاتفاق عدم الإحرام بحج أو عمرة، وعدم المرض؛ لأن كلاً من المحرم والمريض فيه أهلية النكاح، غير أنه طرأ عليهما ما يمنع من صحته، فيجوز لخمسة الرجعة ولا يجوز نكاحهم: وهم المحرم والمريض والسفيه والمفلس والعبد.

---

(١) البدائع: ١٨٣/٣ ـ ١٨٦، الدر المختار: ٧٢٨/٢ ـ ٧٣٢، الشرح الصغير: ٦٠٥/٢ ـ ٦٠٨، الشرح الكبير: ٦١٥/٢ ـ ٦١٨، القوانين الفقهية: ص ٢٣٤، مغني المحتاج: ٢٧١/٣، ٣٣٥ ـ ٣٣٧، المهذب: ١٠٢/٢ وما بعدها، المغني: ٢٧٤/٧، ٢٧٨، ٢٨٠ ـ ٢٨٥، ٢٩٠، كشاف القناع: ٣٩٣/٥ ـ ٣٩٦.

شرط ما تحصل به الرجعة : تحصل الرجعة من ناطق عند الشافعية بالقول فقط سواء أكان صريحاً أم كناية ، أما الصريح فمثل : راجعتك ورجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك ، وبمعنى هذه الألفاظ ونحوها من سائر اللغات ، سواء أعرف العربية أم لا ، وسواء أضاف الرجعة إليه أو إلى نكاحه ، كقوله : إليّ أو إلى نكاحي أم لا ، لكن يستحب ذلك . ولا بد من إضافة الرجعة إلى ظاهر كراجعت فلانة ، أو مضمر كراجعتك ، أو مشار إليه كراجعت هذه .

وأما الكناية في الأصح : فمثل قول المرتجع : تزوجتك أو نكحتك ، ولا بد من أن يقول المرتجع في الكناية : رددتها إليّ أو إلى نكاحي ، حتى يكون صريحاً ، وهذا القول شرط .

وأما الفعل كوطء وغيره فلا تحصل به الرجعة عندهم ؛ لأنه حرام ، والحرام لا تصح الرجعة به ، فلو وطئ الزوج رجعيته واستأنفت الأقراء من وقت الوطء ، راجع فيما كان بقي من عدة الطلاق .

وتحصل الرجعة عند الجمهور بالقول أو بالفعل ومنه الخلوة ، أما القول عند الحنفية : فهو إما صريح ولو من غير نية : وهو اللفظ الذي لا يحتمل معنى آخر غير الرجعة وإبقاء الزوجية ، مثل راجعت زوجتي ، أو رجعتك أو رددتك أو أمسكتك . وإما كناية بالنية أو دلالة الحال : وهو ما يحتمل الرجعة وغيرها ، كقوله : أنت امرأتي أو أنت عندي الآن كما كنت . فالصريح لا حاجة فيه إلى النية ، ولفظ الكناية يحتاج إلى النية أو دلالة الحال . ويشترط في « رددتك » الإضافة إليه أو إلى نكاحه فيقول : إلي أو إلى نكاحي ، أو إلى عصمتي .

وأما الفعل ، ولكن مع الكراهة التنزيهية : فهو كل ما يوجب حرمة المصاهرة كمس بشهوة ووطء ولو في الدبر على المعتمد ، مع أنه حرام ، وتقبيل بشهوة على أي موضع ، ولو اختلاساً أو نائماً أو مكرهاً أو مجنوناً أو معتوهاً ، سواء نوى المطلق

الرجعة أم لا ؛ لأن حصول هذا الفعل يـدل بوضوح على رغبتـه في إمسـاك زوجتـه ، ولأن الزوجية عند الحنفية باقية ؛ لأن الله سمى المطلق بعلاً ، والبعل هو الزوج .

وتحصل الرجعـة بصـدور أحـد هـذه الأفعـال من الزوجـة كالتقبيل بشهـوة إن صدقها الزوج أو ورثته بعد موته في الشهوة ، فإن أنكر لا تثبت الرجعة .

وتحصل الرجعة عنـد المـالكيـة بـالقول أو الفعل أو النيـة ، وأمـا القول فهو إمـا صريـح ، كرجعت وارتجعت زوجتي ، وراجعت ، ورددتهـا لعصمتي أو نكاحي ، أو غير صريح مثل مسّكتها أو أمسكتها ، إذ يحتمل : أمسكتها تعذيباً .

وأما الفعل فهو كوطء ومقدماته .

وأما النية : فهي حديث النفس بأن يقول في نفسه : راجعتهـا ، لكن إذا حـدث مجرد قصد أن يراجعها ، فلا يكون رجعة اتفاقاً .

ولا بد من أن ينوي الارتجاع مع القول ، أو مع الفعل ، خلافاً للحنفيـة كما بينـا ؛ لأن تصرف الزوج يحتاج إلى دلالة قويـة على رغبتـه في إعـادة المطلقـة ، وهو يكون بالنيـة . وتحصل الرجعـة بـالقول الصريح ولو هزلاً ؛ لأن الرجعـة هزلهـا جـد ، لكن الرجعة في الهزل رجعة في الظاهر فقط لعـدم النيـة ، فيلزمـه الحـاكم بـالنفقـة وسـائر الحقوق ، فلا يحل الاستمتاع بها ، حتى ينوي الرجعة .

ولا صداق ولا حد في الوطء الخالي عن نيـة الرجعـة ، وإن كان الوطء حرامـاً ؛ لأنها زوجة ما دامت في العدة .

وتحصل الرجعة عند الحنابلة والأوزاعي بالقول الصريح ، وبـالوطء ، سواء نوى به الرجعة أم لم ينو به الرجعـة ؛ لأن الطلاق سبب زوال الملـك ، والوطء من المـالـك يمنع زواله ، كوطء البائع أمته المبيعة في مدة الخيار . ولا تحصل الرجعة بتقبيل المرأة ،

أو لمسها بشهوة، أو كشف فرجها والنظر إليه بشهوة أو غيرها، ولا بالخلوة بها والحديث معها؛ لأن المذكور كله ليس باستمتاع، أي ليس في معنى الوطء؛ إذ الوطء يدل على ارتجاعها دلالة ظاهرة، بخلاف ما ذكر، وهذا هو الراجح عندهم، ولا تحصل الرجعة أيضاً بإنكار الطلاق إذ لا يدل على الرجعة، ولا تحصل الرجعة بالكناية مثل تزوجتك أو نكحتك؛ لأن الرجعة استباحة بضع مقصود، فلا تحل بالكناية. وقال بعض الحنابلة: الخلوة في إثبات الرجعة كالوطء؛ لأن حكمها حكم الدخول في جميع أمورها عندهم.

والخلاصة: تحصل الرجعة بالقول الصريح اتفاقاً، أو بالكناية بشرط النية عند غير الحنابلة، واشترط المالكية النية في القول والفعل، وتحصل أيضاً عند غير الشافعية بالوطء، وكذا بكل ما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية والمالكية، ولا تحصل بغير الوطء ولا بالكناية عند الحنابلة، ولا بأي فعل عند الشافعية. والراجح لدي قول المالكية لتوسطه وقوة حجته.

شرط الزوجة المرتجعة (محل الرجعة) والطلاق الحاصل والعدة:

يشترط في الرجعة كون المرأة مدخولاً بها، لا بمجرد الخلوة، وأن تكون مطلقة طلاقاً رجعياً من نكاح صحيح؛ لأن النكاح الفاسد يفسخ سواء بعد الدخول أم قبله، ولأن المفسوخ نكاحها لا رجعة فيها؛ لأن الله تعالى أناطها بالطلاق فاختصت به، ولأن الطلاق البائن يزيل الزوجية في الحال بمجرد صدوره، فتملك المطلقة أمرها، وأن يكون الطلاق بلا عوض؛ لأن المطلقة بعوض قد ملكت نفسها، وأن تكون ممن لم يستوف عدد طلاقها؛ لأنه إذا استوفي عدد الطلاق وهو ثلاث، فلا سلطنة له عليها، وأن تكون قابلة للحل للمراجع، لا مرتدة، فلا تصح مراجعة المرتدة؛ لعدم حلها، ولا يصح مراجعة الكافرة التي أسلمت، واستمر زوجها في الكفر لعدم الحل.

ويشترط أيضاً أن تكون باقية في العدة: فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة؛ لأن العدة إذا انقضت أصبح الطلاق بائناً، فتمتنع الرجعة.

شرط الرجعة : يشترط أن تكون الرجعة منجزة ، فلا يصح تعليقها بشرط مستقبل ، مثل : راجعتك إن شئت ، فقالت : شئت ، أو راجعتك إن قدم أبوك ، أو راجعتك إن عاد أبي من السفر ، ولا يصح أيضاً إضافتها إلى زمن مستقبل ، مثل : راجعتك غداً أو أول الشهر القادم ؛ لأن الرجعة عند الحنفية شبيهة بالزواج من حيث إنها استدامة له ، فيشترط فيها التنجيز كالزواج ، ولأنها عند الجمهور استباحة بضع مقصود ، فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح . ويشترط ألا تكون مؤقتة بوقت ، فإذا قال لها : راجعتك شهراً ، لم تحصل الرجعة . ويصح تعليق الرجعة على أمر قد مضى ، مثل : إن كنت فعلت كذا فإني أراجعك ، وكان الفعل قد وقع فعلاً ، أو على أمر متحقق الوجود في الحال ، مثل : إن رضي أبي فقد راجعتك ، وكان أبوه حاضراً في المجلس ، فقال : رضيت . وإنما جاء التعليق في هاتين الحالتين ؛ لأنه تنجيز في صورة التعليق .

والخلاصة : يشترط في الرجعة ما يلي :

١ ـ أهلية المرتجع عند المالكية والشافعية والحنابلة ، أي بالبلوغ والعقل .

٢ ـ أن يكون الطلاق رجعياً لا بائناً ولا بعوض .

٣ ـ أن تقع الرجعة في العدة ، لا بعد انقضائها .

٤ ـ أن تكون المرأة زوجة مطلقة معينة غير مبهمة ، مدخولاً بها في نكاح صحيح قابلة للحل ، فلا تصح رجعة غير مدخول بها ولا مفسوخ نكاحها ولا مرتدة ونحوها .

٥ ـ أن تكون الرجعة منجزة غير مؤقتة بوقت ، وغير معلقة بشرط ولا مضافة لزمن مستقبل .

ما لا يشترط في الرجعة : لا يشترط في الرجعة أمور أهمها ما يأتي[1] :

---

(١) الدر المختار : ٧٣٠/٢ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٥٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٤ ، الشرح الصغير : ٦١٦/٢ ، مغني المحتاج : ٣٣٦/٣ ، المهذب : ١٠٢/٢ ـ ١٠٣ ، المغني : ٢٧٨/٧ ، ٢٨٢ ، كشاف القناع : ٣٩٤/٥ ، غاية المنتهى : ١٧٩/٣ ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ٢٢٣ ، المحلى : ٢٦٦/١٠ ، مسألة ١٩٧٥ .

١ً ـ رضا المرأة ونحوه من الشروط : لا يشترط بالاتفاق رضا المرأة في الرجعة ، لقول الله تعالى : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً ﴾ فجعل الحق لهم ، وقال سبحانه : ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ فخاطب الأزواج بالأمر ، ولم يجعل لهن اختياراً ، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية ، فلم يعتبر رضاها في الرجعة ، كالتي في عصمته تماماً .

ولا يشترط في الرجعة ولي ولا صداق ؛ لأن الرجعية في حكم الزوجة ، والرجعة إمساك لها ، واستبقاء لزواجها .

٢ً ـ إعلام المرأة بالرجعة : ولا يشترط أيضاً إعلام المرأة بالرجعة ، فتصح الرجعة ولو لم تعلم بها الزوجة ؛ لأن الرجعة حق خالص للزوج لا يتوقف على رضا المرأة كالطلاق ، لكن يندب إعلام الزوجة بها ، حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء العدة ، وحتى لا تقع المنازعة بين الزوجين ، إذا أثبت الزوج الرجعة بالبينة ، حتى إنه إذا تزوجت بزوج آخر وأثبت زوجها الأول مراجعتها صحت الرجعة ، وفسخ الزواج الثاني .

٣ ـ الإشهاد على الرجعة : ليس الإشهاد على الرجعة شرطاً لصحتها عند الجمهور وهم الحنفية ، والمالكية في مشهور المذهب ، والشافعية في الجديد ، والحنابلة في أصح الروايتين عن أحمد ، والإمامية ، ولكن الإشهاد عليها مستحب احتياطاً ، خوفاً من إنكار الزوجة لها بعد انقضاء العدة ، وقطعاً للشك في حصولها ، وابتعاداً عن الاتهام في العودة إلى معاشرة الزوجة ، فيقول الزوج للشاهدين : اشهدا على أني راجعت امرأتي إلى نكاحي أو زوجيتي ، أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي ونحوه . فإن لم يُشهد على رجعتها ، صحت الرجعة .

وقال الظاهرية : يجب الإشهاد على الرجعة وإلا لم تصح ، لقوله تعالى : ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾

والأمر للوجوب ، ولأن الشهادة شرط في إنشاء الزواج بالاتفاق ، فتكون شرطاً في استدامته بالرجعة .

وحمل الجمهور الأمر في هذه الآية على الندب والاستحباب ، لأن قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ وارد عقب قوله : ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ وقد أجمع العلماء على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق ، فتكون الرجعة مثله ، ولأن النصوص القرآنية مطلقة كقوله تعالى : ﴿ فأمسكوهن ﴾ ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ .

وقد روي أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض ، فأمره النبي ﷺ بمراجعتها ، ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة ، ولو كان شرطاً لأمره به .

وسئل عمران بن حصين عن الرجل يطلق امرأته ، ثم يقع بها ، ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها ، فقال : طلَّقت لغير سنة ، وراجعت لغير سنة ، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ، ولا تعُدْ[1] .

ولم يؤثر عن الصحابة اشتراط الشهادة لصحة الرجعة مع كثرة وقوعها منهم .

ولأن الرجعة حق للزوج لا يتوقف على رضا المرأة ، فلا يحتاج إلى الإشهاد عليه كسائر حقوق الزوج .

ولأن الشهادة شرط لابتداء الزواج لخطورته ، وليست شرطاً لبقائه ، والرجعة إبقاء للزواج واستدامة له ، فلا تكون شرطاً لصحتها .

رابعاً ـ اختلاف الزوجين في الرجعة :

إذا توافق الزوجان على الرجعة في أثناء العدة ، ثبتت وترتب عليها أثرها ،

---

(١) رواه أبو داود ، وابن ماجه ولم يقل : « ولا تعد » (نيل الأوطار : ٢٥٣/٦) .

وإن اختلف الزوجان: فإما أن يكون الخلاف في حصول الرجعة أو في صحتها[1]:

١ - إن اختلف الزوجان في حصول الرجعة: بأن ادعاها الزوج فقال: راجعتك وأنكرت المرأة، فإن كان ذلك قبل انقضاء العدة، فالقول قول الزوج اتفاقاً؛ لأنه يملك الرجعة، فقبل إقراره فيها كما يقبل قوله في طلاقها حين ملك الطلاق.

وإن كان بعد انقضاء العدة: فإن أثبت الرجل دعواه بالبينة، أو صدقته المرأة في قوله: «قد كنت راجعتك في العدة» ثبتت الرجعة.

وإن عجز الرجل عن الإثبات، أو كذبته المرأة، فالقول قولها بيمينها، في رأي الأكثرين، على المفتى به عند الحنفية من قول الصاحبين، فإذا نكل المنكر حبس عندهما حتى يُقرّ أو يحلف؛ لأن النكول عن اليمين يعتبر عندهما إقراراً بالحق المدعى، والرجعة يصح الإقرار بها عندهما.

وفي رأي أبي حنيفة: لا يمين عليها.

ويقبل قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة.

وإن اختلفا في الإصابة (الوطء) فقال الزوج: أصبتك، وأنكرت المرأة، فالقول أيضاً قولها بيمينها؛ لأن الأصل عدم الإصابة ووقوع الفرقة، فهي منكرة واليمين على من أنكر.

٢ - وإن اختلف الزوجان في صحة الرجعة: بأن قال الزوج: «قد راجعتك في العدة» فالرجعة صحيحة، فقالت الزوجة: الرجعة باطلة، لوقوعها بعد انقضاء العدة، أو قالت مجيبة له: «قد انقضت عدتي»، وكانت العدة بالأقراء، فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكناً.

---

(١) الدر المختار: ٧٣١/٢ - ٧٣٧، اللباب: ٥٥/٣ - ٥٧، القوانين الفقهية: ص ٢٣٤، الشرح الصغير: ٦١١/٢ - ٦١٣، مغني المحتاج: ٣٣٨/٣ - ٣٤٢، المهذب: ١٠٣/٢، المغني: ٢٨٠/٧، ٢٨٥ - ٢٩١.

فإن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي المرأة انقضاء العدة عنده كافية لانقضاء العدة، قبل قولها بيمينها حتى عند أبي حنيفة؛ لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعرف إلا من جهتها.

وإن كانت المدة التي مضت لا تكفي لانقضاء العدة، بأن كانت أقل من أقل مدة تنتهي فيها العدة شرعاً، فلا يعتبر قولها، وتصح الرجعة، لظهور قرينة تكذب دعواها.

وأقل مدة تنقضي بها العدة بالحيضات وهي الأقراء عند الحنفية: ستون يوماً عند أبي حنيفة؛ لأن كل حيضة عشرة أيام في الأكثر، والحيضات ثلاث، فهي ثلاثون يوماً، يتخللها طهران وهما ثلاثون يوماً أيضاً؛ لأن أقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوماً، فيكون مجموع ذلك ستين يوماً، وهذا هو الراجح وهو الغالب بين النساء. وأقل مدة عند الحنابلة على أن الأقراء هي الحيضات: تسعة وعشرون يوماً ولحظة، وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر، ثم تحيض بعده يوماً وليلة، ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً، ثم تحيض يوماً وليلة، ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً، ثم تحيض يوماً وليلة، ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض.

وأقل مدة عند المالكية تنقضي بها العدة بالأقراء، أي الأطهار عندهم: شهر: ثلاثون يوماً، بأن يطلقها زوجها في أول ليلة من الشهر، وهي طاهرة، ثم تحيض وينقطع عنها الحيض قبل الفجر؛ لأن أقل الحيض عندهم يوم، أو بعض يوم بشرط أن يقول النساء: إنه حيض، ثم تطهر خمسة عشر يوماً، ثم تحيض في ليلة السادس عشر، وينقطع قبل الفجر أيضاً، ثم تحيض عقيب غروب آخر يوم من الشهر، فتكون قد طهرت ثلاثة أطهار: الطهر الذي طلقها فيه، ثم الطهر الثاني، ثم الثالث، فيحدث تمام الشهر ثلاثين يوماً.

وأقل مدة تنقضي بها العدة عند الشافعية: اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان، ولا يقبل أقل من ذلك بحال؛ لأنه لا يتصور عندهم أقل من ذلك، بأن تطلق وقد بقي

لحظة من الطهر، وهي قرء عندهم، ثم تحيض يوماً وليلة أقل الحيض عندهم، ثم تطهر خمسة عشر يوماً أقل الطهر، وذلك قرء ثان، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً، وذلك قرء ثالث، ثم تحيض، وهذه الحيضة ليست من العدة، بل لاستيقان انقضائها، فذلك اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان.

مدة الاغتسال: ينتهي وقت الرجعة عند الحنفية إذا طهرت المرأة من الحيض الأخير لعشرة أيام، وإن لم تغتسل؛ لأن الحيض لامزيد له على العشرة. أما إن كان الحيض أقل من عشرة أيام، فلا تنقطع الرجعة حتى تغتسل؛ لأن عود الدم محتمل، أو يمضي عليها وقت صلاة فتصير ديناً في ذمتها، أو تتيمم للعذر وتصلي في الوقت ولو نفلاً استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ويرى أكثر الحنابلة أنه لا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض، للقول بانقضاء العدة.

هذا هو القسم الأول وهو أن تدعي المرأة انقضاء عدتها بالقروء.

القسم الثاني ـ أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل:

إذا ادعت المرأة المطلَّقة انقضاء عدتها بوضع الحمل، فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد عقد الزوج؛ لأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، وأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق.

القسم الثالث ـ أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور:

إذا كانت المرأة صغيرة آيسة فعدتها بالأشهر الثلاثة، فإذا ادعت انقضاء عدتها بالشهور، فلا يقبل قولها فيه، وإنما القول قول الزوج؛ لأن المعول على قوله في وقت الطلاق، فيكون القول قوله فيما ينبني عليه، إلا أن يدعي انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها، فيكون القول حينئذ قولها؛ لأنه يدعي ما يسقط النفقة، والأصل وجوبها، فلا يقبل قوله إلا ببينة.

الرجعة في القانون: أخذ القانون السوري بمذهب الحنفية في أن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وبجواز الرجعة بالقول أو الفعل، وانقطاع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق، فنصت المادة (١١٨) على ما يلي:

١ـ الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط.

٢ـ تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي.

زواج التحليل:

بينا أن حكم الطلاق الثلاث هو زوال الملك والحل زوالاً مؤقتاً، فتحرم المرأة على من طلقها تحريماً مؤقتاً، ولا يجوز له زواجها قبل التزوج بزوج آخر لقوله تعالى: ﴿ فإن طلقها، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ سواء طلقها ثلاثاً متفرقات، أو جملة واحدة.

التحليل بزواج دائم: تنتهي الحرمة باتفاق الفقهاء إذا كان الزواج الثاني مؤبداً طبيعياً قصد به دوام الزوجية والعشرة وهو المقصود في القرآن الكريم: ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ وذلك بشروط ثلاثة هي[1]:

الشرط الأول ـ أن تنكح زوجاً غيره، لقوله تعالى: ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ نفى الحل إلى غاية التزوج بزوج آخر. فلو وطئها إنسان بالزنا أو بشبهة، لم تبح؛ لأنه ليس بزوج.

---

(١) البدائع: ١٨٧/٣ ـ ١٨٩، اللباب: ٥٨/٣، بداية المجتهد: ٨٦/٢ وما بعدها، المهذب: ٤٦/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٨٢/٣ وما بعدها، المغني: ٦٤٥/٦ ـ ٦٤٨، ٢٧٥/٧ وما بعدها، المحلى: ٢٢٠/١٠، مسألة ١٩٥٥، المختصر النافع في فقه الإمامية: ص ٢٢٣.

الشرط الثانيـ أن يكون النكاح الثاني صحيحاً : فإن كان فاسداً ودخل بها ، لا تحل للأول ؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، ولقوله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح .

الشرط الثالثـ أن يطأها الزوج الثاني في الفرج ، فلو وطئها دونه أو في الدبر ، لم يحلها لزوجها الأول ؛ لأن النبي ﷺ علّق الحل على ذوق العسيلة منهما ، فقال لامرأة رفاعة القرظي : « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك »[1] . ولا يحصل هذا إلا بالوطء في الفرج ، وأدناه تغييب الحشفة في الفرج ؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به ، وذلك بشرط الانتشار ؛ لأن الحكم يتعلق بذوق العسيلة ، ولا تحصل من غير انتشار ، وبشرط أن يكون الزوج الثاني ممن يمكن جماعه ، لا طفلاً لا يتأتى منه الجماع .

فشرط الوطء : التقاء الختانين ولو من غير إنزال في رأي جماهير العلماء إلا الحسن البصري ، فقال : لا تحل إلا بوطء بإنزال .

وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ، ويفسد الصوم ، والحج ، ويحل المطلقة ، ويحصن الزوجة ، ويوجب الصداق : هو التقاء الختانين .

وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والأوزاعي ، يُحل الوطء المرأة ، وإن وقع في وقت غير مباح كحيض أو نفاس ، سواء أكان الواطئ بالغاً عاقلاً أم صبياً مراهقاً[2] أم مجنوناً ؛ لأن وطء الصبي والمجنون يتعلق به أحكام النكاح من المهر والتحريم كوطء البالغ العاقل . وكذلك الصغيرة التي يجامع مثلها إذا طلقها زوجها ثلاثاً ، ودخل بها الزوج الثاني ، حلت للأول ، لإطلاق قوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد

---

(١) رواه الجماعة عن عائشة (نيل الأوطار : ٦/٢٥٣) .

(٢) الصبي المراهق : هو الذي تتحرك آلته وتشتهي ، وقدره بعض الحنفية بعشر سنين .

حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ولأن وطأها يتعلق به أحكام الوطء من المهر والتحريم، فصار كوطء البالغة.

واشترط المالكية والحنابلة شرطاً رابعاً: هو أن يكون الوطء حلالاً (مباحاً) وأن يكون الواطىء عند المالكية بالغاً، وعند الحنابلة: أن يكون له اثنا عشر سنة؛ لأن الوطء غير المباح حرام لحق الله تعالى، فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة، ولأن من دون البلوغ أو من دون سن الثانية عشرة لا يمكنه المجامعة.

فلا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف، ولا يحل الذمية عند مالك وابن القاسم وطء زوج ذمي لمسلم. ونص أحمد على أنه إذا كانت الزوجة ذمية، فوطئها زوجها الذمي، أحلها لمطلقها المسلم لأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام، فأشبه وطء المسلم. وهذا رأي الشافعية والمالكية أيضاً. وأجاز الحنابلة للمجنون إحلال المطلقة ثلاثاً كما قال الحنفية؛ لظاهر الآية: ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ولأنه وطء مباح من زوج في نكاح صحيح تام، فأشبه وطء العاقل.

الزواج بشرط التحليل (نكاح المحلِّل): اتفق الفقهاء[1] أيضاً على أن الزواج بالمطلقة ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يحلها الزوج الثاني لزوجها الأول لا يجوز، وهو حرام عند الجمهور، مكروه تحريماً عند الحنفية، لقول ابن مسعود: «لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلَّل له»[2] ولقوله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يارسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»[3] والنهي يدل على فساد المنهي عنه، ولا يطلق اسم الزواج الشرعي على الزواج المنهي عنه.

---

(١) المراجع السابقة

(٢) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن ابن مسعود، ورواه الخمسة إلا النسائي عن علي (نيل الأوطار: ١٣٨/٦

(٣) رواه ابن ماجه عن عقبة بن عامر (المرجع السابق)

وهذا هو نكاح المحلل : وهو أن يتزوج الرجل امرأة على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما ، وأن يتزوجها ليحلها للزوج الأول .

هذا النكاح فاسد عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبي يوسف) ؛ للحديث السابق ، ولأن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت ، وشرط التوقيت في النكاح يفسده ، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل ، فهو نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبه نكاح المتعة . قال في المهذب : « لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته ، فشابه نكاح المتعة » ويؤيده قول عمر : والله لا أوتى بمحلل ومحلل له إلا رجمتهما[1] .

وقال أبو حنيفة وزفر : هذا النكاح صحيح مكروه تحريماً ، فإن وطئها الزوج الثاني حلت للأول بعد أن يطلقها وتنقضي عدتها ، لأن شرط التحليل شرط فاسد ، والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فيلغو الشرط ، ويصح العقد ؛ لإطلاق آية : « حتى تنكح زوجاً غيره » دون تفرقة بين ما إذا شرط الإحلال أم لا ، إلا أنه مكروه تحريماً ؛ لأنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد والتعفف ، وهو يتوقف على البقاء والدوام في الزوجية .

وقال محمد : النكاح الثاني صحيح ، ولا تحل المطلقة للأول ؛ لأن النكاح عقد مؤبد ، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل ، فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً ، لكن لا يحصل به الغرض ، كمن قتل مورثه أنه يحرم الميراث . وهذا قول للشافعية فيمن تزوج امرأة على أنه إذا وطئها طلقها .

وأجاز الإمامية نكاح المحلل مطلقاً بشرط الوطء ، وكون الزوج بالغاً ، وكون العقد صحيحاً دائماً .

---

(١) رواه الأثرم عن قبيصة بن جابر .

الزواج بقصد التحليل دون شرط :

ذهب المالكية والحنابلة[1] الى أن الزواج بقصد التحليل بدون شرط في العقد باطل، بأن تواطأ العاقدان على شيء مما ذكر قبل العقد، ثم عقد الزواج بذلك القصد، بأن نواه الزوج في العقد، أو نوى التحليل من غير شرط، فيبطل العقد، ولا تحل به المرأة لزوجها الأول، عملاً بمبدأ سد الذرائع الى الحرام، وبالحديث السابق: «لعن الله المحلل والمحلل له».

وذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والإمامية[2]: الى أن الزواج بقصد التحليل من غير شرط في العقد صحيح، وتحل المرأة بوطء الزوج الثاني للزوج الأول؛ لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر، فوقع الزواج صحيحاً، لتوافر شرائط الصحة في العقد، وتحل للأول، كما لو نويا التوقيت وسائر المعاني الفاسدة.

وأرجح الرأي الأول، لقوة أدلة قائليه، ولأن هذا الفعل أشبه بالسفاح، بدليل ما روى الحاكم والطبراني في الأوسط عن عمر: «أنه جاء إليه رجل، فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة، ليحلها لأخيه، هل تحل للأول؟ قال: لا، إلا بنكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ»[3] لكن خصص ابن حزم هذا في نكاح التحليل بشرط[4].

هدم الزواج الثاني طلاق الزوج السابق :

سبق الكلام في هذا الموضوع ونعيده هنا بتفصيل آخر[5]:

---

(١) بداية المجتهد: ٨٧/٢، المغني: ٦٤٦/٦ وما بعدها

(٢) البدائع: ١٨٧/٣، مغني المحتاج: ١٨٣/٣، المحلى: ٢٢٠/١٠، مختصر فقه الامامية: ص ٢٢٣.

(٣) نيل الأوطار: ١٣٩/٦

(٤) المحلى: ٢٢٣/١٠ وما بعدها.

(٥) فتح القدير: ١٧٨/٣، بداية المجتهد: ٨٧/٢ وما بعدها، الدر المختار: ٧٤٦/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٢٦، مغني المحتاج: ٢٩٣/٣، المهذب: ١٠٥/٢، المغني: ٢٦١/٧، مختصر فقه الإمامية: ص ٢٢٣

أ ـ اتفق الفقهاء على أن المطلقة الرجعية إذا راجعها زوجها، والبائن بينونة صغرى إذا عقد عليها زوجها عقداً جديداً قبل أن تتزوج بزوج آخر، تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث، واحدة أو اثنتين.

ب ـ واتفقوا أيضاً على أن الزواج الثاني بعد الطلاق الثلاث، يهدم طلاق الزوج السابق، وتعود إليه بعد العقد الجديد بطلقات ثلاث؛ لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث؛ لأنه مثبت لحل جديد كامل، ويزول الحل الأول بالطلاق الثلاث.

حـ ـ واختلف الفقهاء في أنه: هل يهدم الزواج الثاني مادون الثلاث على رأيين:

فقال المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية: لا يهدم، يعني إذا تزوجت المطلقة قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول، ثم أعادها الزوج الأول بنكاح جديد، فتعود ببقية الثلاث، لما روي عن كبار الصحابة: عمر وعلي ومعاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة، ولأن الوطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول، فلا يغير حكم الطلاق، ولأنه تزويج قبل استيفاء الطلقات الثلاث، فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف، والإمامية في أشهر الروايتين: إنه يهدم، فتعود الى الزوج الأول بطلاق ثلاث، كما يهدم مادون الثلاث؛ لأنه إذا هدم الطلقة الثالثة، فهو أحرى أن يهدم مادونها؛ لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل، فيثبت حلاً يتسع لثلاث تطليقات، فيتسع لما دونها بالأولى.

الفصل الثاني
الخلع

فيه خمسة مباحث:

المبحث الأول- معنى الخلع ومشروعيته وألفاظه وحكمه ووقته وأركانه:

الخُلْع لغة: النزع والإزالة، وعرفاً بضم الخاء: إزالة الزوجية. وفقهاً له تعاريف في اصطلاح كل مذهب، فعند الحنفية[1]: هو إزالة ملك النكاح المتوقفةُ على قبولها، بلفظ الخلع أو مافي معناه. فخرج بكلمة «ملك النكاح»: الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة، فإنه لغو، وخرج بكلمة «المتوقفة على قبولها» أي المرأة: ماإذا قال: خلعتك ولم يذكر المال، ناوياً به الطلاق، فإنه يقع بائناً غير مسقط للحق، لعدم توقفه على قبول المرأة، فدل القبول على أن الخلع يكون ببدل، ومتى كان على بدل مالي لزم قبولها. وخرج بقوله «بلفظ الخلع» الطلاق على مال، فإنه غير مسقط للحقوق. وأما قوله «أو ما في معناه» فيدخل فيه لفظ «المبارأة» ولفظ «البيع والشراء» فإنه مسقط للحقوق ومنها المهر. والخلاصة: أن التعريف خاص بالخلع المسقط للحقوق.

والخلع عند المالكية[2]: الطلاق بعوض، سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره، أو هو بلفظ الخلع. وهو يدل على أن الخلع نوعان:

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٧٦٦/٢ وما بعدها، فتح القدير: ١٩٩/٣، اللباب: ٦٤/٣

(٢) الشرح الصغير: ٥٦٨/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٣٢

الأول ـ وهو الغالب ما كان في نظير عوض .

الثاني ـ ما وقع بلفظ الخلع ، ولو لم يكن في نظير شيء ، كأن يقول لها : خالعتك أو أنت مخالعة .

وبعبارة أخرى هو : أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالاً على أن يطلقها ، أو تسقط عنه حقاً لها عليه ، فتقع به طلقة بائنة .

فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض .

والخلع عند الشافعية[1] : هو فُرْقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع ، كقول الرجل للمرأة : طلقتك أو خالعتك على كذا ، فتقبل .

وهذا أنسب التعاريف لاتفاقه مع المقصود بالخلع هنا وفي مفاهيم الناس ومع القانون النافذ في مصر وسورية .

والحنابلة[2] قالوا : الخلع : فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها ، بألفاظ مخصوصة . وفائدته : تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها . ويصح الخلع عندهم في رواية على غير عوض ، ولا شيء للزوج ، كما قال المالكية ، والراجح عند الحنابلة أن العوض ركن في الخلع فلا يصح تركه كالثمن في البيع ، فإن خالعها بغير عوض لم يقع خلع ولا طلاق الا اذا كان بلفظ الطلاق أو نيته ، فيقع طلاقاً رجعياً .

مشروعيته : الخلع جائز لابأس به عند أكثر العلماء[3] ، لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين ، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره

---

(١) مغني المحتاج : ٢٦٢/٣

(٢) كشاف القناع : ٢٣٧/٥ ، ٢٤٤ ، المغني : ٦٧/٧

(٣) بداية المجتهد : ٦٦/٢ ، الدرُّ المختار : ٧٦٧/٢ ، مغني المحتاج : ٢٦٢/٣ ، المغني : ٥١/٧ .

العيش معه لأسباب جسدية خَلْقية، أو خلُقية أو دينية، أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقاً للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها.

وقد دل الكتاب والسنة على مشروعيته، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ وقوله سبحانه: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً، فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ وقوله: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً﴾.

وأما السنة: فحديث ابن عباس: «أن امرأة ثابت بن قيس جاءت الى رسول الله ﷺ، فقالت: يارسول الله، إني ما أعيب عليه في خلُق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أتردّين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ: اقبل الحديقة، وطلِّقها تطليقة»[(١)] فهي لاتريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، فأمرها النبي ﷺ أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب برد بستانه الذي أمهرها إياه، وهو أول خلع وقع في الاسلام، وفيه معنى المعاوضة.

وشذ أبو بكر بن عبد الله المزيني عن الجمهور، فقال: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً، زاعماً أن قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ منسوخ بقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج، وآتيتم إحداهن قنطاراً، فلا تأخذوا منه شيئاً﴾ وهذا معناه عند الجمهور الأخذ بغير رضاها، وأما برضاها فجائز.

ألفاظ الخلع: للخلع عند الحنفية[(٢)] ألفاظ خمسة: الخلع، والمبارأة، والطلاق،

---

(١) رواه البخاري والنسائي، ورواه ابن ماجه أيضاً (نيل الأوطار: ٢٤٦/٦)

(٢) الدر المختار: ٧٧٠/٢

والمفارقة، والبيع والشراء، كأن يقول الرجل: خالعتك بكذا، أو بارأتك، أو فارقتك، أوطلقي نفسك على ألف، أو بعت نفسك أو طلاقك على كذا، وتقبل المرأة.

وذكر المالكية[1] له ألفاظاً أربعة: الخلع والمبارأة والصلح والفدية أو المفاداة، وكلها تؤول الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن اسم الخلع يختص عادة ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه.

وذكر الشافعية والحنابلة[2] أن الخلع يصح بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية مع النية، وباللغة غير العربية، ومن الكناية قوله: بعتكِ نفسك بكذا، فقالت: اشتريت، والصريح عند الشافعية لفظ الخلع والمفاداة، وعند الحنابلة لفظ الخلع والمفاداة والفسخ، والكناية عند الشافعية مثل لفظ الفسخ في الأصح، وكل كنايات الطلاق، والكناية عند الحنابلة: مثل بارأتك وأبرأتك وأبنتك.

حكمه الشرعي: يسن للرجل إجابة المرأة للخلع إن طلبته[3]، لقصة امرأة ثابت بن قيس المتقدمة، إلا أن يكون للزوج ميل ومحبة لها، فيستحب صبرها وعدم افتدائها. ويكره الخلع للمرأة مع استقامة الحال، لحديث ثوبان: أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»[4] ولأنه عبث، فيكون مكروهاً. لكن يقع الخلع مع الكراهة للآية السابقة: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾

---

(١) بداية المجتهد: ٦٦/٢

(٢) مغني المحتاج: ٢٦٢/٣، ٢٦٨، ٢٦٩، المغني: ٥٧/٧ وما بعدها، غاية المنتهى: ١٠٣/٣

(٣) كشاف القناع: ٢٣٧/٥.

(٤) رواه الخمسة إلا النسائي.

وذكر الحنابلة[1] أن الخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها في حالة العضل أو الإكراه على الخلع، بأن ضارّها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من القسم والنفقة ونحو ذلك، كما لو نقصها شيئاً من حقوقها ظلماً، لتفتدي نفسها، لقوله تعالى: ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ﴾، ولأن ما أكرهت على بذله من العوض مأخوذ بغير حق، فلم يستحق أخذه منها للنهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، وذلك باستثناء لفظ الطلاق أو نيته، فيقع رجعياً، ولم تبن المرأة من زوجها لفساد العوض.

وكذلك قال الشافعية[2]: يجوز الخلع لما فيه من دفع الضرر عن المرأة غالباً، ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع، لقوله ﷺ: «أبغض الحلال الى الله الطلاق» وذلك إلا في حالتين:

الأولى- أن يخافا أو أحدهما ألا يقيما حدود الله، أي ما افترض الله في النكاح.

والثانية- أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شيء لابد له منه، أي كالأكل والشرب وقضاء الحاجة، فيخلعها، ثم يفعل الأمر المحلوف عليه، ثم يتزوجها فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعلة الأولى، إذ لا يتناول الا الفعلة الأولى، وقد حصلت.

واشترط المالكية[3] أن يكون خلع المرأة اختياراً منها وحباً في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه، فإن انخرم أحد هذين الشرطين، نفذ الطلاق، ولم ينفذ الخلع.

ومنع قوم الخلع مطلقاً. وقال الحسن البصري: لا يجوز حتى يراها تزني.

وقال داود الظاهري: لا يجوز إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله.

---

(١) كشاف القناع: ٢٣٨/٥، المغني: ٥٣/٧ ومابعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٢٦٢/٣

(٣) القوانين الفقهية: ص ٢٣٢، بداية المجتهد: ٦٨/٢

هل يحتاج الخلع إلى قاضٍ ؟ لا يفتقر الخلع إلى حاكم، كما أبان الحنابلة[1]، وهو رأي باقي الفقهاء، لقول عمر وعثمان رضي الله عنهما، ولأنه معاوضة، فلم يفتقر إلى القاضي كالبيع والنكاح، ولأنه قطع عقد بالتراضي، فأشبه الإقالة.

وقت الخلع : لا بأس بالخلع في الحيض، والطهر الذي أصابها فيه[2]؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل دفع الضرر الذي يلحق المرأة بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، وهو أعظم من ضرر طول العدة، فجار دفع أعلاهما بأدناهما، وهي قد رضيت به، مما يدل على رجحان مصلحتها، ولذا لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها.

أركان الخلع : أركانه عند الجمهور غير الحنفية خمسة[3]: القابل، والموجب، والعوض، والمعوض، والصيغة. فالقابل: الملتزم بالعوض، والموجب: الزوج أو وليه أو وكيله، والعوض: الشيء المخالع به، والمعوض: بُضْع الزوجة، أي الاستمتاع بها، والصيغة: مثل خالعتك أو خلعتك على كذا.

وحقيقة الخلع أو تحقق معناه هو المتضمن لتلك الأركان، فلا بد له من هذه الأمور الخمسة[4]:

الأول ـ أن يصدر الإيجاب من الزوج أو وكيله أو وليه إن كان صغيراً أو سفيهاً غير رشيد.

الثاني ـ أن يكون ملك المتعة قائماً حتى يمكن إزالته، وذلك بقيام الزوجية

---

(١) المغني : ٥٢/٧ .

(٢) المرجع السابق، المهذب : ٧١/٢ .

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٥١٧/٢ ، مغني المحتاج : ٣٦٣/٣ ، المغني : ٦٧/٧ ، كشاف القناع : ٢٤٤/٥ .

(٤) الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج : ص٣٤٤ .

حقيقة، أو حكماً كما هو حال المطلقة رجعياً ولا تزال في العدة. فإن لم تكن الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، لم يتحقق الخلع، فلا خلع في النكاح الفاسد؛ لأن الفاسد لا يفيد ملك المتعة، ولا خلع بعد الطلاق البائن أو انتهاء عدة الطلاق الرجعي.

الثالث ـ البدل من جانب الزوجة أو غيرها: وهو كل ما يصلح أن يكون مهراً من مال أو منفعة تقوم بالمال، غير أنه ليس لبدل الخلع حد أدنى بخلاف المهر، فيتحقق الخلع بأي بدل كثير أو قليل. ويستحب ألا يأخذ الرجل أكثر مما أعطى المرأة من الصداق عند أكثر العلماء[1].

ولا يلزم التصريح بالبدل، كما لا يلزم ذكر المهر في عقد الزواج، فالبدل في ذاته كالمهر لازم في الخلع على كل حال عند الحنفية والشافعية، فإذا قال الرجل، خالعتك، أو قال للمرأة: اختلعي مني، فقالت: خالعتك، ولم يذكر أحدهما بدلاً، صح الخلع ولزم العوض. وقال المالكية وفي رواية عند الحنابلة: يقع الخلع بغير عوض. والراجح عند الحنابلة: أن العوض ركن في الخلع، فإن خالعها بغير عوض لم يقع خلع ولا طلاق إلا إذا كان بلفظ طلاق، فيكون طلاقاً رجعياً.

فإن استعمل الرجل أو المرأة لفظ المخالعة من غير قصد إلى الخلع بعوض، بل بقصد الطلاق المجرد، فيقع طلاق بائن، ولا يجب فيه مال على المرأة.

الرابع ـ الصيغة: وهي لفظ الخلع أو ما في معناه مما ذكر كالإبراء والمبارأة والفداء والافتداء، سواء أكان صريحاً أم كناية، فلا بد من صيغة معينة ومن لفظ الزوج، ولا يحصل بمجرد بذل المال؛ لأن الخلع الشرعي له آثار تختلف عن آثار الطلاق على مال. ولأنه تصرف في البضع (الاستمتاع بالمرأة) بعوض، فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق.

---

(١) المغني: المكان السابق.

الخامس ـ قبول الزوجة : لأن الخلع من جانبها معاوضة ، وكل معاوضة يلزم فيها قبول دافع العوض ، ويلزم تحقق القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم به ، فإذا قامت الزوجة من المجلس بعد سماع كلمة المخالعة ، أو بعد ما علمت بها من طريق الكتابة ، فلا يصح قبولها بعدئذ .

ويشترط توافق القبول والإيجاب ، فإن قال الزوج : طلقتك بألف ، فقالت : بثمانمائة ، أو قال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فقبلت طلقة واحدة بثلث ألف ، لم ينعقد الخلع ويعد لغواً ، وكذا يعد لغواً عند الشافعية[1] : إن قال : طلقتك بألف ، فقالت : قبلت بألفين ؛ لأنه يشترط عندهم التطابق أو التوافق التام بين الإيجاب والقبول .

هذا وقد اعتبر الحنفية ركن الخلع هو الإيجاب والقبول ؛ لأنه عقد على الطلاق بعوض ، فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول[2] .

المبحث الثاني ـ صفة الخلع ، وما يترتب عليها :

الخلع في رأي المالكية والشافعية والحنابلة[3] معاوضة ، فلا يحتاج لصحته قبض العوض ، فلو تم من قبل الزوج ، فماتت المرأة أو فلّست ، أخذ العوض من تركتها وأتبعت به ، ويجوز رد العوض فيه بالعيب ؛ لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب ، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر ، ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة ، لما فيه من معنى المعاوضة ، ويصح معلقاً على شرط لما فيه من معنى الطلاق ، ويملك العوض بالعقد ، ويضمن بالقبض ، لكن فصل الحنابلة في الضمان ، فقالوا : العوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع : إن كان مكيلاً أو موزوناً ، لم يدخل في ضمان

---

(١) مغني المحتاج : ٢٦٩/٣ .

(٢) البدائع : ١٤٥/٣ .

(٣) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي : ٥١٨/٢ ، ٥٣١ ، مغني المحتاج : ٢٦٩/٣ ، المهذب : ٧٢/٢ ـ ٧٣ ، المغني : ٥٨/٧ ، ٦٦ .

الزوج، ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه.

إلا أن الشافعية قالوا: الخلع معاوضة فيها شَوْب تعليق، لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول دفع المال من الزوجة.

وذهب أبو حنيفة[1] إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه؛ لأنه علق طلاقها على قبول المال، والتعليق يمين اصطلاحاً. ويعتبر معاوضة بمال من جانب الزوجة؛ لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج، لكنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة، بل فيها شبه بالتبرعات؛ لأن بديل العوض ليس مالاً شرعاً، وإنما هو افتداء المرأة نفسها، فلا يكون الخلع معاوضة محضة. وقال الصاحبان: الخلع يمين بالنظر إلى الزوجين جميعاً.

ويترتب على اعتبار الخلع يميناً من جانب الزوج الآثار التالية:

١ً - لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة.

٢ً - لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام.

٣ً - لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة؛ لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع، لأنه يمين من جانبه، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلاً، ولكن لا يبطل الخلع به.

٤ً - يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط، وأن يضيفه إلى زمن مستقبل، مثل: إذا

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٧٦٨/٢ - ٧٦٩، البدائع: ١٤٥/٣.

قدم فلان فقد خالعتك على كذا، أو خالعتك على كذا غداً أو رأس الشهر القادم، والقبول للزوجة عند تحقق الشرط، أو حلول الوقت المضاف إليه.

ومذهب الحنابلة[1]: لا يصح تعليق الخلع على شرط. ومذهب المالكية والشافعية: يجوز تعليق الخلع كأن يقول: متى ما أعطيتني فأنت طالق.

ويترتب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة ما يأتي:

١ً ـ يصح للزوجة رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج.

٢ً ـ يقتصر قبول الزوجة في المجلس إن كانت حاضرة فيه، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب كالبيع. ولا يشترط حضور المرأة في المجلس، بل يتوقف الإيجاب على ما وراء المجلس بعكس عقد الزواج، فلو كانت غائبة فبلغها الخبر، فلها القبول في مجلس علمها به؛ لأنه في جانبها معاوضة.

٣ً ـ يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرد، إذا ابتدأت الخلع، كأن تقول لزوجها: خالعتك على ألف على أن لي الخيار ثلاثة أيام، فإذا قبل الزوج صح الشرط، ولها أن تقبل أو ترفض؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة، والمعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار.

وقال الصاحبان والحنابلة[2]: لا يصح اشتراط الخيار للزوجة؛ لأن الفرقة عند الحنابلة وقعت بالتلفظ بالخلع، وما وقع لا سبيل إلى رفعه، ولأن الخلع يمين الصاحبين بالنظر إلى الزوجين جميعاً، وليس معاوضة من جانب الزوجة، وإذا اشترط صح الخلع وبطل الشرط؛ لأنه لا يفسد بالعوض الفاسد، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح.

---

(١) كشاف القناع: ٢٤٣/٥.

(٢) المرجع السابق، المغني: ٦٠/٧.

٤ً ـ لا يصح للزوجة تعليق الخلع ولا إضافته إلى زمن مستقبل؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.

٥ً ـ لا تلزم الزوجة ببدل الخلع إلا إذا كانت أهلاً للتبرع، بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة؛ لأن الخلع وإن اعتبر معاوضة من جانب الزوجة، ففيه شبه بالتبرعات.

وقد أخذ القانون السوري برأي المالكية والشافعية، فأجاز لكل من الزوجين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل قبول الآخر، نصت المادة (٩٦) على أنه: «لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر».

المبحث الثالث ـ شروط الخلع:

يشترط في الخلع ما يأتي[١]:

١ً ـ أهلية الزوج لإيقاع الطلاق: بأن يكون بالغاً عاقلاً في رأي الجمهور، وأجاز الحنابلة أن يكون مميزاً يعقله، فكل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه كالصبي والمجنون والمعتوه ومن اختل عقله لمرض أو كبر سن.

خلع السفيه: ويصح الطلاق من كل مكلف (بالغ عاقل)، رشيد[٢] أو سفيه، حر أو عبد؛ لأن كل واحد منهم يصح طلاقه، فيصح خلعه، ولأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض، فبالعوض أولى. ولا يصح من غير الزوج أو وكيله.

---

(١) البدائع: ١٤٧/٣ـ١٤٩، الدر المختار ورد المحتار: ٧٧٢/٢ـ٧٧٤، و ٧٨٢ـ٧٨٥، فتح القدير: ٢٠٥/٣ـ٢٠٨، ٢١٨، اللباب: ٦٥/٣، الشرح الصغير: ٥١٩/٢، ٥٢٠، ٥٢٤، ٥٢٦، ٥٢٨، ٥٢٩ ومابعدها، بداية المجتهد: ٦٧/٢ـ٦٩، القوانين الفقهية: ص٢٣٢، مغني المحتاج: ٢٦٣/٣ـ٢٦٧، غاية المنتهى: ١٠٣/٣ـ١٠٥، كشاف القناع: ٢٢٨/٥ـ٢٣٩، ٢٤٤ـ٢٥١، المغني: ٥٢/٧ـ٥٣، ٦١ـ٦٦، ٧٣، ٨٣ـ٨٩، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣٤٨/٢ـ٣٥٠، المهذب: ٧١/٢ـ٧٤.

(٢) الرشد عند الحنفية: كون الشخص مصلحاً في ماله، ولو كان فاسقاً، والحجر بالسفه يفتقر عند أبي يوسف إلى القضاء كالحجر بالدين.

خلع الولي : ويصح الخلع من الحاكم ولي غير المكلف من صبي أو مجنون إذا كان في الخلع مصلحة .

ولم يجز أبو حنيفة والشافعي وأحمد للأب خلع زوجة ابنه الصغير والمجنون ولا طلاقها ، وهكذا كل من لا يجوز له أن يطلق على الصغير والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما ، لقوله ﷺ : «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» والخلع في معنى الطلاق .

وقال مالك : يخالع الأب على ابنه الصغير وابنته الصغيرة ؛ لأنه عنده يطلق على الابن ، ويزوج الصغيرة .

خلع المريض : ويصح خلع المريض مرض الموت ؛ لأنه لو طلق بغير عوض لصح ، فلأن يصح بعوض أولى ، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء . وعبر المالكية عن ذلك بقولهم : ونفذ خلع المريض مرضاً مخوفاً ، إشارة إلى أنه لا يحرم ابتداء لما فيه من إخراج وارث . وترثه على المشهور زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ككل مطلّقة بمرض موت مخوف ، حتى ولو انتهت عدتها وتزوجت بغيره ، ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ، ولو كانت مريضة حال الخلع أيضاً ؛ لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه .

التوكيل في الخلع : يصح لكل من الزوجين أو من أحدهما التوكيل في الخلع ، وكل من صح خلعه لنفسه جاز توكيله ووكالته ، حراً كان أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً أو كافراً ، محجوراً عليه لسفه أو رشيداً ؛ لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع ، فصح أن يكون وكيلاً وموكّلاً فيه كالحر الرشيد ، ولأن الخلع عقد معاوضة كالبيع .

وإذا نقص الوكيل عما عينه له الموكل ، كأن قال له : وكلتك على أن تخالعها بعشرة ، فخالعها بخمسة ، أو نقص الوكيل عن خلع المثل إن أطلق الموكل ولم يعين له شيئاً ، لم يلزم الموكل بالخلع .

وإذا وكلت الزوجة وكيلاً ليخالعها، وعينت له شيئاً، أو أطلقت العبارة، وزاد وكيلها على ما عينت، أو على خلع المثل أن أطلقت، فعليه الزيادة. ولا يطالب الوكيل بالخلع بالبدل إلا إذا ضمنه، ويرجع به على المرأة.

خلع الفضولي: أجاز الحنفية والحنابلة الخلع من الفضولي، فإذا خاطب الفضولي الزوج بالخلع، فإن أضاف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه، كاخلعها بألف علي، أو على أني ضامن، أو على ألفي هذه، ففعل، صح، والبدل عليه، فإن استحق البدل لزم الفضولي قيمته، ولا يتوقف الخلع حينئذ على قبول المرأة.

وإن لم يضمن الفضولي البدل وأرسل الكلام، فقال: على ألف، فإن قبلت المرأة، لزمها تسليمه، أو قيمته إن عجزت.

وإن أضاف الفضولي البدل إلى غيره كفرس فلان، اعتبر قبول فلان هذا.

٢ً- كون الزوجة محل الخلع وقابلته ممن عقد عليها عقد زواج صحيح، سواء أكانت مدخولاً بها، أم لا، ولو كانت مطلقة رجعياً ما دامت في العدة، وأن تكون ممن يصح تبرعها أو يطلق تصرفها في المال، بكونها مكلفة (بالغة عاقلة) غير محجور عليها، وأسباب الحجر خمسة: الرق والسفه والمرض والصبا والجنون، فلا يصح خلع الأمة إلا بإذن سيدها، ولا السفيه اتفاقاً، ولا المريضة عند الشافعية والحنابلة لعدم صحة تصرفها بالمال، ولا الصغيرة والمجنونة لانتفاء أهلية القبول.

ولو اختلعت الأمة من زوجها على عوض بغير إذن سيدها، وقع الطلاق بائناً، ولا شيء عليها عند الحنفية والحنابلة والمالكية حتى تعتق.

وكذا عند الشافعية يطالبها بالعوض بعد العتق، لكن يستقر للزوج في ذمتها مهر المثل. وإذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض في ذمته، كما لو أذن لعبده في الاستدانة.

وليس للأب وغيره من الأولياء خلع ابنته الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة بشيء من مالها، ولا طلاقها بشيء من مالها؛ لأنه إنما يملك التصرف بمالها فيه حظ ومصلحة، وليس في هذا مصلحة، بل فيه إسقاط حقها الواجب لها.

وعلى هذا لا يصح خلع المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون لا بنفسها ولا بوليها ولا بإذنه، لأن الخلع تصرف في المال، وليست هي من أهله، ولأنه ليس للولي الإذن في التبرعات، وهذا كالتبرع.

فإن خالع الزوج المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً، فهو طلاق رجعي، ولا يستحق عوضاً.

وقال الحنفية: يصح خلع المريضة، ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث؛ لأنها متبرعة في قبول المال، فيعتبر من الثلث، فإن ماتت في العدة، فله الأقل من بدل الخلع ومن ميراثه منها.

وقال المالكية: يحرم اختلاع المريضة مرض الموت، فيحرم عليها أن تخالع، كما يحرم الخلع على الزوج لإعانته لها على الحرام. لكن ينفذ الطلاق، ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحاً، ولو ماتت في عدتها.

وقال الشافعية: إن خالعت الزوجة في مرض موتها وماتت: فإن لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال، وإن زاد على مهر المثل، اعتبرت الزيادة من الثلث.

ويصح بالاتفاق خلع المحجور عليها لفلس، وبذلها للعوض صحيح؛ لأن لها ذمة يصح تصرفها، ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها، وليس للزوج مطالبتها في حال حجرها، كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً في ذمتها.

٣ـ أن يكون بدل الخلع مما يصلح أن يكون مهراً.

وهو عند الحنفية: أن يكون مالاً متقوماً موجوداً وقت الخلع معلوماً أو مجهولاً

أو منفعة تقوم بالمال، فلا يصح خلع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة أو دم، ويبطل العوض، ولا شيء للزوج، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً؛ لأنه لما بطل العوض بقي لفظ الخلع، وهو كناية، وتقع الفرقة بالكنايات بينونة، أما لو كان الطلاق على مال، وبطل العوض كان طلاقاً رجعياً، لأنه بقي لفظ الطلاق، وهو صريح، والصريح طلاق رجعي.

والبدل عند الجمهور: كل ما يصح تملكه، سواء أكان مالاً عيناً، أم ديناً، أم منفعة، تحرزاً من الخمر والخنزير وما أشبه ذلك. فإن خالعها بمحرم كخمر أو خنزير أو مغصوب أو مسروق، فلا شيء له عليها وبانت منه عند المالكية والحنابلة كما قرر الحنفية، ويكون كالخلع بلا عوض، لأنه قد رضي بالإسقاط بغير عوض، فلا يستحق عليها شيئاً.

وذكر الشافعية: أنه لو خالع بمجهول أو حرام، بانت منه بمهر المثل؛ لأنه المراد عند فساد العوض. ولو خالع بما ليس بمال كالدم، وقع الطلاق رجعياً؛ لأنه لم يطمع في شيء. وأما خلع الكفار بعوض غير مال فهو صحيح كما في أنكحتهم.

الخلع بمعدوم أو بمجهول: يصح الخلع عند الجمهور غير الشافعية إذا كان عوض الخلع مشتملاً على غرر أو معدوم ينتظر وجوده كجنين في بطن حيوان تملكه الزوجة، أو كان مجهولاً كأحد فرسين، أو غير موصوف من عرض أو حيوان وثمرة لم يبد صلاحها، وعبد آبق، وبعير شارد، أو مضافاً لأجل مجهول، خلافاً لمهر النكاح، فليس كل ما يصلح عوضاً في الخلع، يصلح عوضاً في النكاح؛ لأن الخلع مبني على التوسع والتسامح، فيتحمل جهالة ونحوها لا يتحملها النكاح، ويصح الخلع على مالا يصح مهراً بجهالة أو غرر.

وفرَّع الحنفية على قولهم بجواز جهالة عوض الخلع ولو جهالة فاحشة ما يأتي:

أ ـ إن قالت الزوجة لزوجها: «خالعني على ما في يدي» ولم يكن في يدها شيء، فخالعها، فلا شيء له عليها؛ لأنها لم تغرَّه بتسمية المال.

ب ـ وإن قالت له: «خالعني على ما في يدي من مال» ولم يكن في يدها شيء، فخالعها، ردت عليه مهرها؛ لأنها سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بالعوض، ولا وجه لإيجاب ما سمته المرأة من المال في يدها لجهالته، ولا لإيجاب مهر المثل؛ لأن البضع الذي يجب مهر المثل من أجله غير متقوم حالة الخروج من الملك بالخلع ونحوه، أما في حالة الدخول بعقد النكاح فهو متقوم، فتعين إيجاب ما قام به البضع على الزوج وهو المهر دفعاً للضرر عنه.

جـ ـ وإن قالت له «خالعني على ما في يدي من دراهم» ولم يكن في يدها شيء، فخالعها، فعليها ثلاثة دراهم؛ لأنها سمت جمعاً من الدراهم، وأقل الجمع ثلاثة، ووافقهم الحنابلة[1] فيه..

د ـ وإن قالت له: «طلقني ثلاثاً بألف» فطلقها واحدة، فعليها ثلث الألف؛ لأن حرف الباء يَصْحَب الأعواض، والعوض ينقسم على المعوض، فهي لما طلبت الثلاث بألف، فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف. والطلاق بائن لوجوب المال.

أما لو قالت: «طلقني ثلاثاً على ألف» فطلقها واحدة، فلا شيء عليها عند أبي حنيفة، وتقع طلقة رجعية؛ لأن كلمة «على» للشرط، والمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط، بخلاف الباء، لأنه للعوض، وهذا هو الصحيح عند الحنفية. وقال الصاحبان والشافعية[2]: عليها ثلث الألف، وتقع طلقة بائنة؛ لأن كلمة «على» بمنزلة الباء في المعاوضات.

ولو قال الزوج لزوجته: «طلقي نفسك ثلاثاً بألف، أو على ألف» فطلقت نفسها واحدة، لم يقع عليها شيء؛ لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف

---

(١) المغني: ٦١/٧

(٢) المهذب: ٧٥/٢.

كلها . وذلك بخلاف الحالة السابقة : «طلقني ثلاثاً بألف» ؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف ، كانت ببعضها أرضى .

وأما الشافعية فقالوا : يشترط في عوض الخلع شروط الثمن من كونه متمولاً ، معلوماً ، مقدوراً على تسليمه ، فلو خالع بمجهول أو خمر معلومة ، أو نحوها مما لا يتملك ، بانت بمهر المثل ؛ لأنه المراد عند فساد العقد ، كما تقدم .

مجمل شروط الخلع في بعض المذاهب : ذهب المالكية[1] إلى أنه لا يجوز الخلع إلا بثلاثة شروط :

الأول ـ أن يكون المبذول للرجل مما يصح تملكه وبيعه تحرزاً من الخمر والخنزير ونحوهما . ويصح عندهم بالمجهول والغرر، كما أوضحنا .

الثاني ـ ألا يجر إلى ما لا يجوز كالخلع على السلف أو التأخير بدين أو الوضع على التعجيل ، وشبه ذلك من أنواع الربا المذكورة في بحث الربا .

الثالث ـ أن يكون خلع المرأة اختياراً منها وحباً في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها . فإن انخرم أحد هذين الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع .

ومذهب الحنابلة[2] أن شروط الخلع تسع :

١ ـ بذل عوض . ٢ ـ ممن يصح تبرعه ، وزوج يصح طلاقه . ٣ ـ غير هازلين . ٤ ـ عدم عضلها إن بذلته . ٥ ـ وقوعه بصيغته الصريحة أو الكناية ، والأولى : خلعت وفسخت وفاديت ، والثانية : بارأتك ، وأبرأتك ، وأبنتك . ٦ ـ عدم نيته طلاقاً . ٧ ـ تنجيز . ٨ ـ وقوعه على جميع الزوجة . ٩ ـ عدم الحيلة ، فيحرم الخلع حيلة لإسقاط يمين الطلاق أو تعليقه ولا يصح .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٣٢ .

(٢) غاية المنتهى : ١٠٣/٣ وما بعدها ، ١١٠ .

شروط الخلع في القانون السوري :

نصت المـادة (٩٥) من هـذا القـانون على أن يكون الزوج أهلاً لإيقـاع الطلاق والزوجة محلاً للطلاق :

« ١ ـ يشترط لصحـة المخـالعـة أن يكون الزوج أهلاً لإيقـاع الطلاق والمرأة محلاً له .

٢ ـ المرأة التي لم تبلغ سن الرشـد إذا خولعت لا تلتزم ببـدل الخلع إلا بموافقـة ولي المال » . وهذه الفقرة الثانية هي من مذهب المالكية .

ونصت المادة (٩٦) على صيغة الخلع أخذاً بمـذهبي المـالكيـة والشـافعيـة في كون الخلع معاوضة :

« لكل من الطرفين الرجوع عن إيجـابـه في المخـالعـة قبـل قبـول الآخر» ونصت المادة (٩٧) على بدل الخلع : وهو كل ما جاز أن يكون مهراً بالاتفاق :

« كل ما صح التزامه شرعاً ، صلح أن يكون بدلاً في الخلع » .

ونصت المـادة (١٠٠) على حـالـة الخلـع من غير بـدل أخـذاً بمـذهبي المـالكيـة والحنابلة :

« إذا صرح المتخالعان بنفي البدل ، كانت المخالعـة في حكم الطلاق المحض ، ووقع بها طلقة رجعية » .

المبحث الرابع ـ حكم أخذ بدل الخلع ، والخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق ، والفرق بين الخلع والطلاق على مال :

يتبع بحث اشتراط بـدل الخلع الكلام في مواضع ثلاث : حكم أخـذ بـدل الخلـع ، والخلع في مقابل منفعة أو حق ، والفرق بين الخلع والطلاق على مال .

حكم أخذ بدل الخلع :

بحث الفقهاء في مبدأ مشروعية أخذ البدل في مقابل الخلع أو الطلاق على التفصيل التالي[1] :

١ - إن كانت الزوجة كارهة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة ، وخافت ألا تؤدي حقه ، جاز للزوج مخالعتها وأخذ عوض في نظير طلاقها ، لكن يكره عند الحنفية أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، لقصة امرأة ثابت بن قيس المتقدمة : « قال النبي ﷺ : أتردين إليه حديقته ؟ فقالت : نعم وزيادة ، فقال ﷺ : أما الزيادة فلا »[2] . وهذا قول عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب .

وأجاز الجمهور أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ما دام النشوز من جهتها ، لكن لا يستحب له ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ فإنه تعالى نفى الإثم في أخذ الرجل من الزوجة مقابل طلاقها ، قليلاً كان أو كثيراً .

والنهي عن الزيادة في حديث ثابت محمول على خلاف الأولى .

ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : « لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص[3] رأسها ، كان ذلك جائزاً » وقالت الرُبيِّع بنت مُعَوِّذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي ، فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه[4] . ولم يخالفه أحد من

---

(١) البدائع : ١٥٠/٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٢٠٣/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٢ ، المهذب : ٧٠/٢ وما بعدها ، المغني : ٥٢/٧ - ٥٥ ، بداية المجتهد : ٦٨/٢ .

(٢) رواه أبو داود مرسلاً عن عطاء ، وأخرجه الدارقطني عن أبي الزبير . وفي رواية ابن ماجه عن ابن عباس : « فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد » (نصب الراية : ٢٤٤/٣ ، نيل الأوطار : ٢٤٦/٦) .

(٣) العقاص : هو الخيط الذي تربط به المرأة أطراف شعرها .

(٤) أخرجه ابن سعد .

الصحابة، واشتهر هذا، فلم ينكر، فيكون إجماعاً، ولم يصح عن علي رضي الله عنه خلافه.

٢ - إن كان النفور والإعراض من جانب الزوج، يكره باتفاق العلماء، لقوله تعالى: ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج، وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً، أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾.

ومثل هذا: لو أكره الزوج الزوجة أو اضطرها إلى طلب الخلع، فضيق عليها، وعاشرها معاشرة سيئة ليحملها على الطلاق، فلا يحل له أخذ شيء منها عند الحنفية والحنابلة والشافعية لقوله تعالى: ﴿ ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ وقوله سبحانه: ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ماآتيتموهن شيئاً ﴾ فهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، ولأنه إضرار بها، والضرر حرام، لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار».

وكذلك قال المالكية: لا يحل له أخذ شيء من الزوجة في حالة الإضرار، ولو أخذ شيئاً وجب عليه أن يرده إليها.

٣ - وإن كان الكره من الجانبين، وخشيا التقصير أو التفريط في حقوق الزوجية، جاز الخلع وجاز أخذ البدل اتفاقاً، لقوله تعالى: ﴿ فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾.

الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق:

يصح أن يكون بدل الخلع من النقود، أو من المنافع المقومة بمال، كسكنى الدار وزراعة الأرض زمناً معلوماً، وكإرضاع ولدها أو حضانته أو الإنفاق عليه، أو من الحقوق كإسقاط نفقة العدة.

الخلع على الرضاع:

يصح الخلع على أن ترضع ولدها مدة الرضاع الواجب وهو سنتان؛ لأن الرضاع مما تصح المعاوضة عنه في غير الخلع، ففي الخلع أولى.

ويصح الخلع أيضاً عند الحنابلة[1] على إرضاع ولده مطلقاً دون تحديد مدة، وينصرف إلى ما بقي من الحولين؛ لأن الله تعالى قيد الرضاع بالحولين، فقال تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ وقال النبي ﷺ: «لا رضاع بعد فصال»[2].

فإن ماتت المرضعة أو جف لبنها، فعليها أجر المثل لما بقي من المدة. وكذا عند الحنابلة إن مات الولد وينفسخ الاتفاق بتلفه، وقال الشافعي: لا ينفسخ الاتفاق، ويأتيها بصبي ترضعه مكانه؛ لأن الصبي مستوفى به، لا معقوداً عليه.

الخلع على الحضانة أو كفالة الولد مدة معلومة:

ويصح الخلع أيضاً على أن تحضن ولده مدة معلومة بلا أجر، وقال الشافعي: لا يصح الاتفاق حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه، وقدر الإدام وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه[3].

ومبنى الخلاف مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته، الشافعية يوجبون تعيين الأجرة، لما روي عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن استئجار الأجير حتى يُبيِّن له أجره»[4].

ولم يوجب الجمهور تعيين الأجر للعرف واستحسان المسلمين، ولقوله ﷺ: «إن موسى أجَر نفسه ثمانَ سنين أو عشر سنين على عِفَّة فرجه، وطعام بطنه»[5].

فلو تركت المرأة الولد وهربت أو مات الولد أو ماتت هي، وجب عليها أجر المثل عن المدة الباقية.

---

(١) المغني: ٦٤/٧.

(٢) رواه أبو داود الطيالسي في مسنده عن جابر، وتتمته: «ولا يُتْم بعد احتلام» (نيل الأوطار: ٣١٥/٦).

(٣) المغني: ٦٥/٧.

(٤) رواه أحمد (نيل الأوطار: ٢٩٢/٥).

الخلع على بقاء الولد إلى البلوغ : إذا خالعت المرأة زوجها على أن يبقى ابنه عندها إلى البلوغ صح الخلع ولم يصح الشرط عند الحنفية ؛ لأن الحق في الابن بعد انتهاء مدة الحضانة للأب ، لا للأم . أما إن خالعت على إبقاء ابنتها منه إلى البلوغ ، فيصح الخلع والشرط ، والفرق بين الحالتين : أن الابن أحوج لأبيه بعد الحضانة وأقدر على تربيته من الأم ، والبنت أحوج إلى تدريب أمها وتعليمها وأقدر على ذلك من الأب .

وأجاز المالكية اشتراط بقاء الابن مع الأم إلى البلوغ ؛ لأن مدة حضانة الابن عندهم إلى البلوغ ، والبنت إلى أن تتزوج ويدخل الزوج بها .

الخلع على إسقاط الحضانة : أما الخلع على إسقاط حق الحضانة : فيصح عند الحنفية ، ولا يسقط حق الأم في الحضانة ؛ لأن هذا الحق للولد ، فلا تملك الأم التنازل عنه .

وأجاز المالكية في مشهور المذهب إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب بشرطين :

الأول - ألا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه .

الثاني - أن يكون الأب قادراً على حضانة الولد .

لكن المفتى به عند المالكية : أن الحضانة لا تنتقل بإسقاط الأم إلى الأب ، ولكنها تنتقل إلى من يلي الأم في حق الحضانة[١] .

الخلع على نفقة الصغير :

يرى الحنفية والمالكية[٢] أنه لو خالع الزوج امرأته على أن تنفق على ابنه الصغير

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٤٩/٢ ، الشرح الصغير : ٥٢٢/٢ .

(٢) الشرح الصغير : ٥٢١/٢ .

مدة معلومة، صح الخلع: ولزمها الإنفاق في تلك المدة، فإن امتنعت، أو ماتت، أو مات الولد قبل انتهاء المدة، وجب عليها نفقة المثل في باقي المدة، وتؤخذ من تركتها في موتها.

وإن أعسرت أنفق الزوج عليها، ويرجع بالنفقة إن أيسرت. لكن قال المالكية: إن خالعها على أن تتحمل نفقة نفسها مدة حملها، لا تسقط في الأصح نفقة الحمل.

الخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة:

يصح الخلع في مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقة العدة، ويبرأ الزوج منها[1]، وإن كان الساقط مجهولاً.

ويصح الخلع في مقابل إسقاط حق السكنى مدة العدة، ولا يسقط حقها؛ لأن سكنى المعتدة في بيت الزوجية واجب شرعي، لا يملك الزوج إسقاطه، ولا تملك الزوجة أن تعفيه منه لقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾، لكن إذا التزمت المرأة أن تدفع أجرة البيت من مالها، فيصح لها أن تعفي الزوج من هذه الأجرة.

موقف القانون السوري من الخلع على المنافع أو الحقوق:

نصت المادة (١٠٢) على إعفاء الزوج من أجرة الرضاع كما بينا عند الفقهاء:

١ ـ إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة رضاع الولد، أو اشترط إمساكها له مدة معلومة، وإنفاقها عليه، فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت أو مات الولد، يرجع الزوج بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

---

(١) البدائع: ١٥٢/٣.

٢ ـ إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة، أو أعسرت فيما بعد، يجبر الأب على نفقة الولد، وتكون ديناً له على الأم.

ونصت المادة (١٠٣) على عدم سقوط حق الحضانة بالخلع عملاً بمذهب الحنفية:

إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة، وبطل الشرط، وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه، ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته إن كان فقيراً.

ونصت المادة (١٠١) على عدم إسقاط نفقة العدة إلا بالنص الصريح في الخلع:

نفقة العدة لا تسقط، ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.

ونصت المادة (١٠٤) على عدم التقاص بين نفقة الولد ودين الأب:

لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته.

الفرق بين الخلع والطلاق على المال عند الحنفية:

الخلع والطلاق على مال وإن زال بكل منهما ملك الزواج وأن كل واحد طلاق بعوض، يختلفان من وجوه ثلاثة هي[(١)]:

الأول ـ لو كان الخلع على عوض باطل شرعاً، بأن وقع على ما ليس بمال متقوم، كخلع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة، فلا شيء للزوج، ويقع الطلاق بائناً.

أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال، بأن سميا ما ليس بمال متقوم، فإن الطلاق يقع رجعياً.

---

(١) البدائع: ١٥١/٣ ـ ١٥٢، فتح القدير: ٢٠٥/٣، الكتاب مع اللباب: ٦٥/٣، ٦٧، الفتاوى الهندية: ٤٥٠/١.

وذلك لأن الخلع كناية عند الحنفية، والكنايات توقع الفرقة بائنة. وأما الطلاق على مال فهو صريح، ويقع بائناً إذا صح العوض شرعاً، فإذا لم يصح فكأنه لم يكن، فبقي صريح الطلاق، فيكون رجعياً، وحينئذ يعمل كل من لفظي الخلع والطلاق المجردين عمله، فلفظ الخلع يكون كناية عن الطلاق، ولفظ الطلاق من أنواع الصريح الذي يقع به طلاق رجعي.

الثاني ـ يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة كل الحقوق الواجبة بسبب الزواج لأحد الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة الماضية المتجمدة أثناء الزواج، لكن لا تسقط نفقة العدة؛ لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع، فلا يتصور إسقاطها بالخلع.

أما الطلاق على مال: فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين، ويجب به فقط المال المتفق عليه.

الثالث ـ الخلع مختلف في كونه طلاقاً بائناً أم فسخاً بين الفقهاء، فهو عند الجمهور (الحنفية والمالكية، والشافعية في أظهر القولين، وفي رواية عن أحمد) طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات. وفي رواية أخرى عن أحمد أنه فسخ، فلا ينقص من عدد الطلقات.

أما الطلاق على مال: فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً ينقص بهٖ عدد الطلقات.

المبحث الخامس ـ آثار الخلع:

يترتب على الخلع الآثار التالية[1]:

١ ـ يقع به طلقة بائنة، ولو بدون عوض أو نية في رأي الحنفية والمالكية، والشافعية في الراجح، وأحمد في رواية عنه لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما

(١) البدائع: ١٤٤/٣، ١٥١، فتح القدير: ٢١٥/٣، الدر المختار: ٧٧٨/٢، اللباب: ٦٦/٣، الشرح الصغير: ٥١٨/٢، ٥٢٦، ٥٣٢، بداية المجتهد: ٦٩/٢، مغني المحتاج: ٢٦٨/٣، ٢٧١، ٢٧٧، المهذب: ٧٢/٢، المغني: ٥٦/٧ ـ ٥٩، غاية المنتهى: ١٠١/٣، كشاف القناع: ٢٤١/٥.

افتدت به ﴾ وإنما يكون فداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل، ولو لم يكن بائناً لملك الرجل الرجعة، وكانت تحت حكمه وقبضته، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة، فلو جازت الرجعة لعاد الضرر.

وفي رواية أخرى عن أحمد أن الخلع فسخ، وهو رأي ابن عباس وطاوس، وعكرمة وإسحاق وأبي ثور؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ الطلاق مرتان ﴾ ثم قال: ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ثم قال: ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ فذكر الحق تعالى تطليقتين، والخلع، وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق أربعاً بأن يكون الطلاق الذي لا تحل فيه المرأة المطلقة إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكانت فسخاً كسائر الفسوخ.

والمعتمد لدى الحنابلة هو التفصيل: وهو أن الخلع طلاق بائن، إن وقع بلفظ الخلع والمفاداة ونحوهما أو بكنايات الطلاق، ونوى به الطلاق؛ لأنه كناية نوى بها الطلاق، فكانت طلاقاً.

والخلع فسخ لا ينقص به عدد الطلاق حيث وقع بصيغته[1]، ولم ينو طلاقاً، بأن وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة، ولا ينوي به الطلاق، فيكون فسخاً لا ينقص به عدد الطلاق.

والمبارأة: مثل أن يقول الرجل لزوجته: برئت من نكاحك على ألف، فقبلت، وهي كناية يقع بها الخلع بالنية عند الحنابلة، وأما عند الحنفية فهي كالخلع يقع بها الطلاق البائن بلا نية.

فإن طلق الرجل زوجته وأعطى لها مالاً من عنده، فليس بخلع، بل هو رجعي على المعتمد لدى المالكية؛ لأنه بمنزلة من طلق، وأعطى لزوجته المتعة.

---

(١) صيغة الخلع عندهم نوعان: صريحة: وهي لفظ خلعت وفسخت وفاديت، وكناية: وهي لفظ بارأتك وأبرأتك وأبنتك.

٢ً- **لا يتوقف الخلع على قضاء القاضي**، كما هو حكم كل طلاق يكون من الزوج.

٣ً- **لا يبطل الخلع بالشروط الفاسدة**: فإذا خالع الزوج على شرط إبقاء الطفل عنده قبل انتهاء مدة الحضانة، أو خالعت الزوجة زوجها على شرط ترك ابنها عندها بعد انتهاء زمن الحضانة، أو أن يكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير قريب محرم من الطفل، فالشرط باطل في كل ما ذكر، وينفذ الخلع.

٤ً- **يلزم الزوجة أداء بدل الخلع المتفق عليه**، سواء أكان هو المهر أم بعضه أم شيئاً آخر سواه؛ لأن الزوج علق طلاقها على قبول البدل، وقد رضيت به، فيكون لازماً في ذمتها باتفاق الفقهاء.

٥ً- **يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة كل الحقوق والديون** التي تكون لكل واحد من الزوجين في ذمة الآخر والتي تتعلق بالزواج الذي وقع الخلع منه كالمهر والنفقة الماضية المتجمدة؛ لأن المقصود منه قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين.

أما الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر، والتي لا تتعلق بموضوع الزواج، كالقرض والوديعة والرهن وثمن المبيع ونحوها، فلا تسقط بالاتفاق. وكذا لا تسقط نفقة العدة إلا بالنص على إسقاطها؛ لأنها تجب عند الخلع.

وقال الجمهور (بقية المذاهب) ومحمد: لا يسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية إلا إذا نص على إسقاطه، سواء بلفظ الخلع أو المبارأة، فهو تماماً كالطلاق على مال، يقع به الطلاق بائناً، ويجب فقط البدل المتفق عليه؛ لأن الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على سقوطها قطعاً، وليس في الخلع دلالة على إسقاط الحقوق الثابتة؛ لأنه معاوضة من جانب الزوجة، والمعاوضات لا أثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان. وهذا هو الراجح المتفق مع العدالة؛ لأن الحق لا يسقط إلا بالإسقاط صراحة أو دلالة.

٦ً ـ هل يرتدف على المختلعة طلاق ؟ قال أبو حنيفة : يرتدف ، سواء أكان على الفور أم على التراخي . وفي رأي الجمهور : لا يرتدف ، إلا أن الإمام مالك قال : لا يرتدف ، إلا إذا كان الكلام متصلاً . وقال الشافعي وأحمد : لا يرتدف ، وإن كان الكلام متصلاً ، فالمختلعة لا يلحقها طلاق بحال .

استدل أبو حنيفة بأثر : «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة» .

واستدل الجمهور بقول ابن عباس وابن الزبير: إن المختلعة لا يلحقها طلاق ، ولأنها لا تحل للزوج إلا بنكاح جديد ، فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها . وسبب الخلاف بين الرأيين أن العدة عند أبي حنيفة من أحكام النكاح ، ولذا لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها ، فيرتدف الطلاق عنده . وعند الجمهور: من أحكام الطلاق ، فلا يرتدف .

٧ً ـ لا رجعة في رأي أكثر العلماء على المختلعة في العدة ، سواء أكان الخلع فسخاً أم طلاقاً ، لقوله تعالى : ﴿ فيما افتدت به ﴾ وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضة الرجل وسلطانه ، وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة ، فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر .

وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا : الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة .

وأجمع أكثر العلماء على أن للرجل أن يتزوج المختلعة برضاها في عدتها . وقال بعض المتأخرين : لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة .

٨ً ـ الاختلاف في الخلع أو عوضه : إذا ادعت الزوجة خلعاً ، فأنكره الزوج ولا بيِّنة له ، صدّق بيمينه ، إذ الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع ، والبينة عند الشافعية : شهادة رجلين .

وإن قال الزوج : طلقتك بكذا كألف ، فقالت : بل طلقتني مجاناً أو لم تطلقني ، بانت بقوله ولا عوض للزوج عليها إن حلفت على نفيه ، أما البينونة فلإقراره ، وأما عدم العوض فلأن الأصل براءة ذمتها ، لكن لها النفقة والكسوة والسكنى في العدة .

وإن اختلف الزوجان في جنس العوض ، هل هو دراهم أو دنانير أو في صفته كصحاح أو مكسرة ، أو في قدر العوض ، كأن قال : بألف ، فقالت : بل بخمسمائة ، أو في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع ، كقولها : سألتك ثلاث طلقات بألف ، فقال : بل واحدة بألف ، ولا بينة لواحد منهما :

فقال مالك : القول قول الزوج إن لم يكن هناك بيّنة ؛ لأنها مدعى عليها وهو مدع .

وقال الشافعي : يتحالفان كما في البيع ، ويكون على الزوجة مهر المثل ؛ لأنه المردّ عند الاختلاف ، لأن اختلافهما يشبه اختلاف المتبايعين .

آثار الخلع في القانون : أخذ القانون السوري بمذهب أبي حنيفة في أن الخلع يسقط حقوق كل من الزوج والزوجة تجاه الآخر من مهر ونفقة زوجية ، حتى ولو لم يتفق الزوجان على بدل ، وذلك في المادتين التاليتين :

م ٩٨ : إذا كانت المخالعة على مال غير المهر ، لزم أداؤه ، وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق بالمهر والنفقة الزوجية .

م ٩٩ : إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة ، برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

الفصل الثالث

التفريق القضائي

يشتمل على عشرة مباحث :

الأول ـ التفريق لعدم الإنفاق .

الثاني ـ للعيب أو العلل الجنسية .

الثالث ـ للضرر وسوء العشرة أو للشقاق بين الزوجين .

الرابع ـ طلاق التعسف .

الخامس ـ للغيبة .

السادس ـ للحبس .

السابع ـ التفريق بسبب الإيلاء .

الثامن ـ التفريق بسبب اللعان .

التاسع ـ التفريق بسبب الظهار.

العاشر ـ التفريق بسبب الردة أو إسلام أحد الزوجين .

ويلاحظ أن التفريق يختلف عن الطلاق بأن الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته ، أما التفريق فيقع بحكم القاضي ، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبراً عن الزوج ، إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع . وقد أخذ القانون في مصر وسورية أحكام أربع حالات للتفريق في الأكثر من مذهبي المالكية والحنابلة .

والتفريق القضائي قد يكون طلاقاً: وهو التفريق بسبب عدم الإنفاق أو الإيلاء أو للعلل أو للشقاق بين الزوجين أو للغيبة أو للحبس أو للتعسف، وقد يكون فسخاً للعقد من أصله كما هو حال التفريق في العقد الفاسد، كالتفريق بسبب الردة وإسلام أحد الزوجين.

والفرق بين الطلاق والفسخ في رأي الحنفية:

أن الطلاق: هو إنهاء الزواج وتقرير الحقوق السابقة من المهر ونحوه، ويحتسب من الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على امرأته، وهو لا يكون إلا في العقد الصحيح.

وأما الفسخ: فهو نقض العقد من أصله أو منع استمراره، ولا يحتسب من عدد الطلاق، ويكون غالباً في العقد الفاسد أو غير اللازم.

وللإمام مالك[1] قولان في الفرق بين الفسخ والطلاق:

القول الأول ـ الفرقة طلاق لا فسخ في النكاح المختلف فيه بين المذاهب والخلاف مشهور، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها، ونكاح المحرم بحج أو عمرة.

القول الثاني ـ الاعتبار في ذلك بالسبب الموجب للتفريق، فإن كان من الشرع، لا برغبة الزوجين، كان فسخاً، مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة. وإن كان السبب هو رغبة الزوجين، مثل الرد بالعيب، كان طلاقاً.

المبحث الأول ـ التفريق لعدم الإنفاق:

أخذ القانون في مصر وسورية بجواز التفريق القضائي بين الزوجين، عملاً بمذهب الجمهور غير الحنفية، فنصت المادة الرابعة من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة

---

(١) بداية المجتهد: ٧٠/٢.

١٩٢٠ على حق التفريق بين الزوجة وزوجها ، لعدم إنفاقه عليها ، إذا طلبت الزوجة التفريق بالضرورة، سواء أكان عدم الإنفاق عليها بسبب إعساره ، أم كان تعنتاً منه وظلماً . ويطلقها القاضي عليه وهو حاضر في البلد غير غائب ، متى امتنع من تطليقها بنفسه ، ولم يكن له مال ظاهر يمكن أن تفرض فيه نفقتها .

ونص القانون السوري على أحكام التفريق لعدم الإنفاق فيما يلي :

م ١١٠ : « ١ ـ يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة .

٢ ـ إن ثبت عجزه أو كان غائباً ، أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق ، فرق القاضي بينهما » .

م ١١١ : تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً ، وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ، ويستعد للإنفاق .

فالتفريق لعدم الإنفاق في هذين القانونين طلاق رجعي إذا كان بعد الدخول ، فللزوج أن يراجع زوجته إذا أثبت يساره وقدرته على الإنفاق .

وخلاصة الأحكام الواردة في القانونين بالنسبة لعدم الإنفاق ما يلي :

أ ـ إن كان للزوج مال ظاهر، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، من غير حاجة إلى التفريق .

ب ـ وإن لم يكن له مال ظاهر: فإن كان حاضراً ولم يثبت عجزه عن الإنفاق وأصر على الامتناع ، فرق القاضي بينهما في الحال .

وإن أثبت عجزه عن الإنفاق ، أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر في القانون السوري ، وشهراً في القانون المصري ، فإن مضت المدة ولم ينفق ، فرق القاضي بينهما .

وأما إن كان غائباً وليس له مال ظاهر، فيجب إعذاره وإمهاله إلى مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن مضت المدة ولم ينفق على الزوجة فرق القاضي بينهما.

وهذه الأحكام مأخوذة من الفقه المالكي.

آراء الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق:

للفقهاء رأيان: رأي الحنفية، ورأي الجمهور[1]:

أولاً ـ رأي الحنفية: لا يجوز في مذهب الحنفية والإمامية التفريق لعدم الإنفاق؛ لأن الزوج إما معسر أو موسر. فإن كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق، والله تعالى يقول: ﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قُدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها، سيجعل الله بعد عسر يسراً﴾ وإذا لم يكن ظالماً فلا نظلمه بإيقاع الطلاق عليه.

وإن كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، وحبسه لإرغامه على الإنفاق. ويجاب بأنه قد يتعين التفريق لعدم الإنفاق لدفع الضرر عن الزوجة.

ويؤكده أنه لم يؤثر عن النبي ﷺ أنه مكن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار زوجها، ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها. ويجاب بأن التفريق بسبب الإعسار مرهون بطلب المرأة، ولم تطلب الصحابيات التفريق.

ثانياً ـ رأي الجمهور: أجاز الأئمة الثلاثة التفريق لعدم الإنفاق لما يأتي:

١ـ قوله تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾ وإمساك المرأة بدون إنفاق

(١) الدر المختار: ٩٠٣/٢، الشرح الصغير: ٧٤٥/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤٤٢/٣ ـ ٤٤٦، المغني: ٥٧٣/٧ ـ ٥٧٧، بداية المجتهد: ٥١/٢، القوانين الفقهية: ص ٢١٥، مختصر فقه الإمامية: ص ٢٠٤، الدسوقي مع الشرح الكبير: ٤١٨/٢.

عليها إضرار بها . وقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها .

٢ ـ قال أبو الزناد : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : نعم ، قلت له : سنة ؟ قال : سنة . وقول سعيد : سنة ، يعني سنة رسول الله ﷺ .

٣ ـ كتب عمر رضي الله عنه إلى أمراء الأجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .

٤ ـ التفريق لعدم الإنفاق أشد ضرراً على المرأة بسبب العجز عن الاتصال الجنسي ، فيكون لها الحق في طلب التفريق بسبب الإعسار أو العجز عن الإنفاق أولى .

والراجح لدي رأي الجمهور لقوة أدلتهم ، ودفعاً للضرر عن المرأة ، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

نوع الفرقة بسبب العجز عن النفقة :

الفرقة عند المالكية : طلاق رجعي ، وللزوج رجعة المرأة إن أيسر في عدتها ؛ لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها ، فأشبه تفريقه بين المولي في الإيلاء وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق .

وذكر الشافعية والحنابلة أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا بحكم الحاكم ؛ لأنه فسخ مختلف فيه ، فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعُنَّة ، ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة ذلك ؛ لأنه لحقها ، فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة ، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة للزوج فيه .

المبحث الثاني ـ التفريق بالعيوب أو بالعلل :

أولاً ـ أنواع العيوب :

تنقسم العيوب من حيث المنع من الدخول وعدمه إلى قسمين :

١ ـ عيوب جنسية تمنع من الدخول كالجَبّ والعُنَّة والخصاء في الرجل، والرتَق والقَرَن في المرأة .

٢ ـ عيوب لا تمنع من الدخول، ولكنها أمراض منفرة بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر كالجذام والجنون والبرص والسل والزهري .

وتنقسم العيوب بين الزوجين إلى أقسام ثلاثة :

١ ـ ما يختص بالرجل من داء الفرج : وهو الجب (قطع الذكر) والعنة (العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر ونحوه) والخصاء (استئصال أو قطع الخصيتين) والاعتراض : وهو حالة الرجل الذي لا يقدر على الوطء لعارض كمرض أو كبر.

٢ ـ ما يختص بالمرأة من داء الفرج : وهو الرَّتَق (كون الفرج مسدوداً ملتصقاً بلحم من أصل الخلقة لا مسلك للذكر فيه)، والقَرَن (عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر) والعفَل (رغوة تمنع لذة الوطء) وبخر الفرج (رائحة منتنة تثور في الوطء) والإفضاء أو انخراق ما بين السبيلين (أي القبل والدبر) من المرأة، وانخراق ما بين مخرج بول ومني وهو الفتق؛ لأنه يمنع لذة الوطء وفائدته، ونحوها .

٣ ـ ما يشترك فيه الرجال والنساء : وهو الجنون والجذام والبرص، واستطلاق بول، واستطلاق غائط، وباسور (نتوء ظاهر في المقعدة كالعدس أو الحمص) وناسور (نتوء داخل المقعدة أو قروح غائرة في المقعدة يسيل منها صديد) ومن هذه العيوب كون أحد الزوجين خنثى غير مشكل، أما الخنثى المشكل فلا يصح نكاحه حتى يتضح، ونحوها .

فهذه العيوب : منها ما يخشى تعدي أذاه ، ومنها ما فيه تنفير ونقص ، ومنها ماتتعدى نجاسته .

ثانياً ـ التفريق بسبب العيوب في القانون :

نص القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في المواد (٩ ، ١٠ ، ١١) على جواز التفريق بسبب عيوب الزوج : وهي الجب والعنة والخصاء ، وهي العيوب الثلاثة المتفق على التفريق بها ، والجنون والجذام والبرص ، ونحوها من كل «عيب مستحكم لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل» سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به .

والفرقة بالعيب طلاق بائن ، ويستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب الفسخ من أجلها .

ونص القانون السوري على التفريق للعلل الجنسية فقط دون العلل المنفرة أو الضارة أخذاً برأي أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافاً لجمهور العلماء ، وذلك فيما يأتي :

م ١٠٥ ـ للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١ً ـ إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول ، بشرط سلامتها هي منها .
٢ً ـ إذا جن الزوج بعد العقد .

م ١٠٦ ـ ١ ـ يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده .

٢ ـ على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال .

م ١٠٧ ـ إذا كانت العلل المذكورة في المادة ١٠٥ غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال ، وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة ، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما .

م ١٠٨ـ التفريق للعلة طلاق بائن .

ثالثاً ـ آراء الفقهاء في التفريق للعيب :

للفقهاء رأيان في جواز التفريق للعيب : رأي الظاهرية ، ورأي أكثر العلماء :

أما الظاهرية[1] : فقالوا : لا يجوز التفريق بأي عيب كان ، سواء أكان في الزوج أم في الزوجة ، ولا مانع من تطليق الزوج للزوجة إن شاء ، إذ لم يصح في الفسخ للعيب دليل في القرآن أو السنة أو الأثر عن الصحابة أو القياس والمعقول .

وأما أكثر الفقهاء[2] فأجازوا طلب التفريق بسبب العيب ، لكنهم اختلفوا في موضعين : هل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط ، وما هي العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق .

الأول ـ ثبوت حق التفريق بالعيب للزوجين أو للزوجة فقط :

يثبت حق التفريق بالعيب عند الحنفية للزوجة فقط ، لا للزوج ؛ لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق ؛ لأنها لا تملك الطلاق .

وأجاز الأئمة الثلاثة طلب التفريق بالعيب لكل من الزوجين ؛ لأن كلاً منهما يتضرر بهذه العيوب ، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الإلزام بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول . وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول ، وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق ، لكن يرجع الزوج عند

---

(١) المحلى : ١٠/٧٢ ، مسألة ١٨٩٩ .

(٢) فتح القدير : ٣/٢٦٢ ـ ٢٦٨ ، مختصر الطحاوي : ص ١٨٢ ، البحر الرائق : ٣/١٣٥ ، اللباب : ٣/٢٤ ـ ٢٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢١٤ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٥٠ ، الشرح الصغير : ٢/٤٦٧ ـ ٤٧٨ ، مغني المحتاج : ٣/٢٠٢ ـ ٢٠٩ ، كشاف القناع : ٥/١١٥ ـ ١٢٤ ، المغني : ٦/٦٥٠ ـ ٦٥٧ ، ٦٦٧ ـ ٦٧٨ ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ٢١٠ .

المالكيـة والحنـابلـة والشـافعيـة بـالمهر بعـد الـدخول على ولي الزوجـة كالأب والأخ لتدليسه بكتمان العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة.

الثاني- العيوب التي تجيز التفريق:

اتفق أئمة المذاهب الأربعة والإمامية على التفريق بعيبين وهمـا: الجب والعنـة، واختلفوا في عيوب أخرى على آراء أربعة:

الأول- رأي أبي حنيفـة وأبي يـوسف: لا فسـخ إلا بـالعيـوب الثلاثـة التناسلية وهي (الجب والعنة والخصاء)، إن كانت في الرجل؛ لأنها عيوب غير قـابلـة للزوال، فالضرر فيها دائم، ولا يتحقق معهـا المقصود الأصلي من الزواج وهو التوالـد والتناسل والإعفاف عن المعاصي، فكان لا بد من التفريق.

أمـا العيوب الأخرى من جنـون أو جـذام أو برص أو رتـق أو قرن، فـلا فسـخ للزواج بسببها إن كانت بالزوجة، ولا إن كانت بالزوج، ولا خيار للآخر بها. وهـذا هو الصحيح عند الحنفية.

وقال محمد: للزوجة الخيار أو الفسخ إن كانت هـذه العيوب بـالزوج، ولا خيـار للزوج إن كانت بالزوجة، وبه يتفق الحنفية على أنـه لا خيـار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقاً، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج.

الثاني- رأي مالك والشافعي: يفسخ النكاح من أي واحـد من الزوجين إذا وجد في الآخر عيباً من العيوب التناسلية (الجنسية)، أو العيوب المنفرة من جنون أو جذام أو برص.

والعيوب عند الشافعية سبعة وهي: الجب والعنـة، والجنون والجـذام والبرص، والرتَـق والقَرَن، ويمكن أن يكـون في كل من الـزوجين خمســة، الأولان في الرجـل والأخيران في المرأة، والثلاثة الوسطى مشتركة بينهما. ولا فسخ بـالبخر، والصنـان،

والاستحاضة[1] ، والقروح السيالة ، والعمى ، والزمانة ، والبله ، والخصاء ، والإفضاء ، ولا بكونه يتغوط عند الجماع ؛ لأن هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح .

والعيوب عند المالكية ثلاثة عشر عيباً :

أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة : الجنون والجذام والبرص والعَذيْطَة (خروج الغائط عند الجماع) ويقال للمرأة عِذْيوطة ، وللرجل عِذْيوط .

وأربعة تختص بالرجل : وهي الخصاء ، والجَبّ ، والعُنَّة ، والاعتراض (عدم القدرة على الاتصال الجنسي لمرض أو نحوه) .

وخمسة تختص بالمرأة : وهي الرتق ، والقرن ، والبخر (نتن الفرج) والعَفَل (غدة تمنع ولوج الذكر أو رغوة تمنع لذة الوطء) والإفضاء (اختلاط القُبُل بمجرى البول أو الغائط) .

وليس من العيوب : القرع ولا السواد ، ولا إن وجدها مفتضة من الزنا على المشهور ، وليس منها العمى ، والعور ، والعرج ، والزمانة ، ولا نحوها من العاهات ، إلا إن اشترط السلامة منها .

والعيوب عند الإمامية أحد عشر : أربعة في الرجل : وهي الجنون والخصاء والعنة والجب ، وسبعة في المرأة : وهي الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والإقعاد .

الثالث ـ رأي أحمد : يفسخ النكاح بالعيوب التناسلية (أو الجنسية) أو العيوب المنفرة ، أو العيوب المستعصية كالسل والسيلان أو الزهري ونحوها مما يعرف عن طريق أهل الخبرة .

---

(١) الاستحاضة : استمرار نزول الدم على المرأة بدون انقطاع ، ويسمى بالنزيف الدموي .

والعيوب عندهم ثمانية :

ثلاثة يشترك فيها الزوجان : وهي الجنون والجذام والبرص .

واثنان يختص بها الرجل : وهما الجب والعنة .

وثلاثة تختص بالمرأة : وهي الفتق (اختلاط مجرى البول والمني) والقرن والعفل .

والقاضي أبو يعلى جعل القرن والعفل شيئاً واحداً فتكون العيوب سبعة .

قال أبو الخطاب : ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة في الفرج ؛ لأنها تثير نفرة ، وتتعدى نجاستها . ورجح الحنابلة أنه يثبت الخيار للرجل بقروح سيالة في فرج المرأة وبباسور وناسور ونحوهما .

وليس من العيوب المجوزة للفسخ : القرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين ؛ لأنه لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديه .

الرابع ـ رأي الزهري وشريح وأبي ثور ، واختاره ابن القيم[١] : يجوز طلب التفريق من كل عيب منفر بأحد الزوجين ، سواء أكان مستحكماً ، أم لم يكن كالعقم والخرس والعرج والطرش وقطع اليدين أو الرجلين أو إحداهما ؛ لأن العقد قد تم على أساس السلامة من العيوب ، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار . ولما روى أبو عبيد عن سليمان بن يسار : «أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي ، فقال له عمر : أعلمتها ؟ قال : لا ، قال : أعلمها ، ثم خيرها » .

والراجح لدي رأي الحنابلة : لعدم تحديد العيوب ، ولأنهم قصروا جواز الفسخ على العيب الذي لا تتم معه مقاصد الزواج على وجه الكمال ، وهذا هو المتفق مع مقتضى عقد الزواج .

---

(١) زاد المعاد : ٣٠/٤ وما بعدها .

قيود الفرقة بالعيب :

اتفق الفقهاء على أن الفرقة بالعيب تحتاج إلى حكم القاضي وادعاء صاحب المصلحة ؛ لأن التفريق بالعيب أمر مجتهد فيه ومختلف فيه بين الفقهاء ، فيحتاج إلى قضاء القاضي لرفع الخلاف ، ولأن الزوجين يختلفان في ادعاء وجود العيب وعدم وجوده ، وفي أنه يجوز التفريق به أو لا يجوز ، وقضاء الحاكم يقطع دابر الخلاف . والقول قول منكر العلم بالعيب مع يمينه في عدم علمه بالعيب ؛ لأنه الأصل .

وإذا تبين أن الزوج مجبوب ، فرّق القاضي بين الزوجين في الحال ولم يؤجله ؛ لعدم الفائدة في التأجيل . أما العنين والخصي فيؤجله الحاكم سنة من تاريخ الخصومة ، أي الدعوى والترافع عند الحنفية والحنابلة ، لاحتمال أن تثبت قدرته على الجماع في أثناء السنة على مرور الفصول ، والتأجيل سنة مروي عن عمر وعلي وابن مسعود . وتبدأ السنة عند الشافعية والمالكية من وقت القضاء بالتأجيل ، عملاً بقضاء عمر الذي رواه الشافعي والبيهقي . فإذا ادعى الزوج أثناء السنة حدوث الجماع :

ففي رأي الحنفية والحنابلة : إن كانت المرأة ثيباً ، فالقول قول الزوج بيمينه ؛ لأن الظاهر يشهد له ؛ لأن الأصل السلامة من العيوب ، والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه . فإن حلف رفضت دعوى الزوجة ، وإن امتنع عن الحلف ، خيرها القاضي بين البقاء معه على هذه الحال وبين الفرقة ، فإن اختارت الفرقة فرق بينهما .

وإن كانت بكراً عذراء نظر إليها النساء ، ويقبل قول امرأة واحدة والأولى عند الحنفية إراءتها لامرأتين ، فإن قالتا : هي بكر ، بقي التأجيل لنهاية السنة لظهور كذبه ، وإن قالتا : هي ثيب ، حلّف الزوج فإن حلف لا حق لها ، وإن نكل بقي التأجيل سنة ، فإن شهدت النساء ، وإلا فالقول قولها .

وقال المالكية : إن ادعى الوطء في مدة السنة ، صدق الزوج بيمينه ، وإن نكل عن اليمين حَلَفت الزوجة : إنه لم يطأ ، وفرق بينهما قبل تمام السنة إن شاءت .

أما إن كان العيب غير الجب أو العنة أو الخصاء، ففي رأي المالكية: إن كان العيب لا يرجى زواله بالعلاج، فرق القاضي بين الزوجين في الحال. وإن كان يرجى زواله بالعلاج، فرق القاضي بين الزوجين في الحال. وإن كان يرجى زواله بالعلاج، أجل القاضي التفريق لمدة سنة إن كان العيب من العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة كالجنون والجذام والبرص.

وإن كان من العيوب الخاصة بالمرأة فيؤجل التفريق بالاجتهاد حسبما تقتضي حالة العلاج من العيب. وإن ادعت المرأة أنها برئت من عيبها صدقت بيمينها.

وتثبت العُنَّة عند الشافعية بإقرار الزوج عند الحاكم، أو ببينة تقام عند الحاكم على إقراره، أو بيمين المرأة المردودة عليها بعد إنكار الزوج العنة ونكوله عن اليمين في الأصح. وإذا ثبتت العنة ضرب القاضي له سنة كما فعل عمر رضي الله عنه، بطلب الزوجة؛ لأن الحق لها، فإذا مضت السنة رفعته إلى القاضي، فإن قال: وطِئت حُلِّف، فإن نكل عن اليمين حُلِّفت، فإن حَلَفت أو أقر هو بذلك، استقلت بالفسخ، كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع عيباً.

شروط التفريق بالعيب:

اشترط الفقهاء شرطين لثبوت الحق في طلب التفريق بالعيب وهما:

١ً ـ ألا يكون طالب التفريق عالماً بالعيب وقت العقد: فإن علم به في العقد، وعقد الزواج، لم يحق له طلب التفريق؛ لأن قبوله التعاقد مع علمه بالعيب رضا منه بالعيب.

٢ً ـ ألا يرضى بالعيب بعد العقد: فإن كان طالب التفريق جاهلاً بالعيب، ثم علم به بعد إبرام العقد ورضي به، سقط حقه في طلب التفريق.

وإن لم يرض بالعيب، فخيار العيب ثابت عند الشافعية على الفور، وعند

الحنابلة على التراخي ، لا يسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضا به إما صراحة ، كأن يقول : رضيت ، أو دلالة وضمناً كالاستمتاع من الزوج والتمكين من المرأة ؛ لأنه خيار لطالب التفريق لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي كخيار القصاص ، وخيار العيب في المبيع . ومتى زال العيب قبل التفريق فلا فرقة ، لزوال سببها ، كالمبيع يزول عيبه .

واشترط القانون السوري كما لاحظنا في المواد السابقة شروطاً ثلاثة أخرى من مذهب الحنفية :

١ ـ أن تطلب الزوجة التفريق فيما يحق لها ، وإلا لم يفرق بينهما .
٢ ـ أن تكون الزوجة خالية من العلل الجنسية كالرتق والقرن .
٣ ـ أن يكون الزوج صحيحاً : فإن كان مريضاً ينتظر شفاؤه ، ثم يمهل سنة في العنين والخصي .

العيب الحادث بعد الزواج :

إذا كان العيب قديماً موجوداً قبل الزواج ، فلا خلاف بين أئمة المذاهب الأربعة في جواز التفريق به ، بالشروط السابقة .

أما إذا حدث العيب بأحد الزوجين ، فاختلف الفقهاء في جواز التفريق :

فقال الحنفية : إذا جُنَّ الرجل أو أصبح عنيناً بعد الزواج ، وكان قد دخل بالمرأة ، ولو مرة واحدة ، لا يحق لها طلب الفسخ ، لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاء ، وما زاد عليه فهو مستحق ديانة لا قضاء .

وفرق المالكية بين عيب الزوج وبين عيب الزوجة ، فقالوا : إن كان العيب بالزوجة فليس للزوج الخيار أو طلب التفريق بهذا العيب ، لأنه مصيبة نزلت به ، وعيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد ، فأشبه العيب الحادث بالمبيع . وإن كان

العيب الحادث بالزوج، فللزوجة الحق في طلب التفريق إن كان العيب جنوناً أو جذاماً أو برصاً، لشدة التأذي بها، وعدم الصبر عليها، وليس لها الحق في طلب التفريق بالعيوب التناسلية الأخرى من جب أو عنة أو خصاء.

وأطلق الشافعية والحنابلة القول بجواز التفريق بالعيب الحادث بعد الزواج كالعيب القائم قبله، لحصول الضرر به كالعيب المقارن للعقد، ولأنه لا خلاص للمرأة إلا بطلب التفريق بخلاف الرجل.

لكن استثنى الشافعية طروء العنة بعد الدخول، فإنها لا تجيز طلب الفسخ، لحصول مقصود النكاح، واستيفائها حقها منه بمرة واحدة.

نوع الفرقة بسبب العيب:

للفقهاء رأيان: قال الحنفية والمالكية: هذه الفرقة طلاق بائن ينقص عدد الطلاق؛ لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج، فكأنه طلقها بنفسه، ولأنها فرقة بعد زواج صحيح، والفرقة بعد الزواج الصحيح عند المالكية تكون طلاقاً لا فسخاً. وإنما جعل الطلاق بائناً فلرفع الضرر عن المرأة، إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدة، عاد الضرر ثانياً.

وقال الشافعية والحنابلة: الفرقة بالعيب فسخ لا طلاق، والفسخ لا ينقص عدد الطلاق، وللزوج إعادة الزوجة بنكاح جديد بولي وشاهدي عدل ومهر؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة إما بطلبها التفريق أو بسبب عيب فيها، والفرقة إذا كانت من جهة الزوجة تكون فسخاً لا طلاقاً.

أثر التفريق بالعيب على المهر:

عرفنا أن الحنفية لا يجيزون التفريق إلا بالعيوب التناسلية في الرجل، فإن كان التفريق قبل الدخول والخلوة، فللزوجة نصف المهر؛ لأن الفرقة بسبب الزوج،

وإن كان التفريق بعد الدخول أو بعد الخلوة، فتجب العدة على المرأة إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها، ويجب لها المهر كله إن دخل بها أو خلا بها خلوة صحيحة؛ لأن خلوة العنين صحيحة تجب بها العدة[1]. وإن تزوجها بعدئذ أو تزوجته وهي تعلم أنه عنين فلا خيار لها. وإن كان عنيناً، وهي رتقاء لم يكن لها خيار كما بينا في شروط التفريق.

وقال المالكية: إن كان التفريق قبل الدخول ولو وقع بلفظ طلاق، فلا شيء للمرأة من المهر؛ لأن العيب إن كان بالرجل، فقد اختارت فراقه قبل قضاء مأربها، وكانت راضية بسقوط حقها في المهر، وإن كان العيب بالمرأة فتكون غارّة للرجل مدلسة عليه.

وإن كان التفريق بعد الدخول، استحقت المهر المسمى كله، إن كان العيب في الزوج؛ لأنه يكون غارّاً للزوجة ومدلساً عليها، ثم إنه قد دخل بها، والدخول بالمرأة يوجب المهر كله. وإن كان العيب في الزوجة استحقت المهر كله بسبب الدخول، لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها كأب وأخ وابن لتدليسه بالكتمان إن كان قريباً لا يخفى عليه حالها، وكان العيب ظاهراً كالجذام والبرص. أما إن كان الولي بعيداً كالعم والقاضي، أو كان العيب خفياً، فيرجع الزوج على الزوجة لا على الولي؛ لأن التغرير والتدليس منها وحدها.

وقال الشافعية: الفسخ بالعيب قبل الدخول يسقط المهر، وإن كان بعد الدخول، وكان العيب مقارناً للعقد أو حادثاً بين العقد والوطء، وجهله الواطئ، فلها في الأصح مهر المثل. وإن حدث العيب بعد العقد والوطء، فلها في الأصح المهر المسمى كله.

ولا يرجع الزوج بالمهر الذي غرمه على من غره من ولي أو زوجة بالعيب

---

(١) وقال الصاحبان: لها نصف المهر في حال الخلوة كأنه لم يخل بها.

المقارن في المذهب الجديد، لاستيفائه منفعة البضع المتقوم عليه بالعقد. أما العيب الحادث بعد العقد إذا فسخ به، فلا يرجع بالمهر جزماً لانتفاء التدليس.

وقال الحنابلة: إن حدث الفسخ قبل الدخول فلا مهر للمرأة على الرجل سواء أكان من جهة الزوج أم من جهة الزوجة، كما قال الشافعية وغيرهم.

وإن حدث الفسخ بعد الدخول وجهل العيب، فلها المهر المسمى، لوجوبه بالعقد واستقراره بالدخول، ثم يرجع بالمهر على من غرَّه من امرأة عاقلة وولي ووكيل. لقول عمر رضي الله عنه: «أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص، فمسها، فلها صداقها، وذلك لزوجها غرم على وليها» ولأنه غرَّه في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه، كما لو غره بحرية أمة.

ملحق بهذا البحث ـ خيار الغرور أو خيار فوات الوصف المرغوب:

إذا غرر الزوج بصفة في زوجته، مثل كونها بكراً أو مسلمة أو حرة أو ذات نسب ونحو ذلك، فبان خلافه، فهل له فسخ الزواج؟! وهذا ما يعرف بخيار الغرور أو خيار فوات الوصف المرغوب.

اختلف الفقهاء فيه على آراء[1] الغالب فيها ثبوت الخيار وهو رأي الجمهور غير الحنفية:

ذهب الحنفية والجعفرية والزيدية إلى أنه إذا اشترط أحد الزوجين في صاحبه صفة مرغوباً فيها، فبان على خلافه، لم يكن له الخيار في الفرقة، فإذا كان قد سمى لها مهراً أكثر من مهر مثلها بسبب هذا الشرط، كأن يشترط بكارتها أو تحصيلها شهادة معينة، فلم يتحقق ذلك، لم يلزم الزوج بأكثر من مهر مثلها. قال ابن الهمام في فتح القدير: «وفي النكاح لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعُذْرة والجمال والرشاقة وصغر

---

(١) المهذب: ٧٠/٢، غاية المنتهى: ٩٩/٣ ـ ١٠٠.

السن ، فظهرت ثيباً عجوزاً شمطاء ذات شق مائل ، ولعاب سائل ، وأنف هائل ، وعقل زائل ، لا خيار له في فسخ النكاح به ».

وخالفهم المالكية فقرروا أن العاقد إذا قال للرجل : زوجتك هذه مسلمة فإذا هي كتابية ، أو هذه حرة فإذا هي أمة ، أو هذه بكر فإذا هي ثيب ، أو اشترط أحد الزوجين وصفاً مرغوباً في الآخر كصغر السن والجمال ، فبان خلافه ، انعقد الزواج ، وله الخيار بين الرضا والرد .

وفصل الشافعية فقالوا : لو تزوج رجل امرأة وشُرط في العقد إسلام الزوجة ، أو شرط في أحد الزوجين نسب أو حرية أو غيرهما مما لا يمنع عدم توافره صحة الزواج من صفات الكمال ، كبكارة وشباب ، أو من صفات النقص كضد ذلك ، أو ما يتوسط بين صفتي الكمال والنقص كطول وبياض وسمرة ، فبان خلافه ، فالأظهر صحة النكاح ؛ لأن الخُلْف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولى بعدم الفساد .

ثم إن بان الموصوف بالشرط خيراً مما شُرِط فيه فلا خيار ، وإن بان دونه ، فلمن شرط له : الخيار ، للخُلْف .

أما لو ظن الرجل ، بلا شرط ، أن المرأة مسلمة ، فبانت كتابية ، أو حرة فبانت أمة ، وهي تحل له ، فلا خيار له فيهما في الأظهر ؛ لأن الظن لا يثبت الخيار ، لتقصيره بترك البحث أو الاشتراط . وكذا لو أذنت المرأة لوليها في تزويجها بمن ظنته كفؤاً لها ، فبان فسقه أو دناءة نسبه أو حرفته ، فلا خيار لها ولا لوليها ؛ لأن التقصير منها ومنه ، حيث لم يبحثا ولم يشرطا ، لكن لو بان الزوج معيباً أو عبداً وهي حرة فلها الخيار .

وفصل الحنابلة تفصيلاً آخر فقالوا : إن غرَّ الرجل المرأة بما يخل بأمر الكفاءة كالحرية أو النسب الأدنى ، فلها الخيار بين الفسخ والإمضاء ، فإن اختارت الإمضاء

فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة. وإن لم يعتبر الوصف في الكفاءة كالفقه والجمال ونحوهما، فلا خيار لها؛ لأن ذلك مما لا يعتبر في الكفاءة، فلا يؤثر اشتراطه.

أما إن شرط الرجل كون المرأة مسلمة فبانت كافرة، فله الخيار، لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد. وإن شرط الرجل كونها بكراً فبانت ثيباً فعن أحمد كلام يحتمل أمرين: أحدهما ـ لا خيار له، والثاني ـ له الخيار، لأنه شرط صفة مقصودة.

وإذا تزوج امرأة يظنها حرة أو مسلمة، فبان خلافه، ثبت له الخيار.

المبحث الثالث ـ التفريق للشقاق أو للضرر وسوء العشرة:

المقصود بالشقاق والضرر: الشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة. والضرر: هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرّح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه.

رأي الفقهاء في التفريق للشقاق:

لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة[1] التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

وأجاز المالكية[2] التفريق للشقاق أو للضرر، منعاً للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً وبلاء، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار». وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها، طلقها

---

(١) بداية المجتهد: ٩٧/٢ وما بعدها.

(٢) الشرح الكبير والدسوقي: ٢٨١/٢، ٢٨٥، القوانين الفقهية: ص ٢١٥، مغني المحتاج: ٢٠٧/٢ ـ ٢٠٩، المغني: ٥٢٤/٦ ـ ٥٢٧، بداية المجتهد: ٥٠/٢.

منـه ، وإن عجـزت عن إثبـات الضرر رفضت دعـواهـا ، فـإن كررت الادعـاء بعث القاضي حكمين : حكماً من أهلها وحكماً من أهل الزوج ، لفعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق بعوض أو دونه ، لقوله تعالى : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما ، فـابعثوا حكـماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ .

واتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفـذ قولهما ، واتفقوا على أن قولهما في الجمع بين الزوجين نافذ بغير توكيل من الزوجين .

واختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليـه ، هل يحتـاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتـاج إليـه ؟ فقـال الجمهور : يعمل الحكم بتـوكيـل من الـزوج ، فليس للحكمين أن يفرقـا بين الـزوجين إلا أن يجعـل الـزوج إليهما التفريـق ؛ لأن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحـد سوى الزوج أو من يوكلـه الزوج ؛ لأن الطلاق إلى الزوج شرعاً ، وبذل المال إلى الزوجة ، فلا يجوز إلا بإذنها .

وقال المالكية : ينفذ قول الحكمين في الفرقـة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما فيهما ، بدليل مـا رواه مـالـك عن علي بن أبي طـالـب أنـه قـال في الحكمين : «إليهما التفرقـة بين الـزوجين والجمـع » فـالإمـام مـالـك يشبـه الحكمين بـالسلطـان ، والسلطان يُطلِّق في رأيه بـالضرر إذا تبين ، وقـد سماهمـا الله حكمين في قولـه تعـالى : ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ ولم يعتبر رضا الزوجين .

شروط الحكمين :

يشترط في الحكمين : أن يكونا رجلين عـدلين خبيرين بمـا يطلب منهما في هـذه المهمة ، ويستحب أن يكونا من أهلي الزوجين ، حكماً من أهله وحكماً من أهلهـا بنص الآية السابقة ، فإن لم يكونا من أهلهما بعث القـاضي رجلين أجنبيين ، ويستحسن أن يكونا من جيران الزوجين ممن لهما خبرة بحال الزوجين ، وقدرة على الإصلاح بينهما .

نوع الفرقة للشقاق :

الطلاق الذي يوقعه القاضي للشقاق طلاق بائن ؛ لأن الضرر لا يزول إلا به ؛ لأنه إذا كان الطلاق رجعياً تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة ، والعودة إلى الضرر .

موقف القانون : أخذ القانونان في مصر وسورية بمذهب المالكية فأجاز كلاهما التفريق للشقاق والضرر .

ونص القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المواد (٦ ـ ١١) والقانون السوري في المواد (١١٢ ـ ١١٥) على أحكام التفريق للشقاق ، وهي أحكام متفق عليها في القانونين ، إلا أن القانون المصري لم يذهب إلى التفريق بسبب إساءة الزوجة ، وأخذ القانون السوري بمذهب المالكية في أن التفريق يكون بسبب الضرر من أحد الزوجين . وعدّل القانون السوري سنة ١٩٧٥ المادة ١١٢ / ٣ ، فلم يحكم بالتفريق في الحال ، وإنما يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر إذا لم يثبت الضرر أملاً بالمصالحة .

ونذكر بإيجاز مضمون مواد القانون السوري :

إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به ، جاز له طلب التفريق من القاضي (١١٢ / ١) ، وإذا ثبت الإضرار ، وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ، وذلك بطلقة بائنة (م ١١٢ / ٢) وإذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر . فإن أصر المدعي على الشكوى بعث القاضي حكمين من أهل الزوجين ، وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما ، وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة (م ١١٢ / ٣) .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ثم يجمعانهما في مجلس تحت إشراف القاضي (م ١١٣ / ١) ، ولا يؤثر في التحكيم تخلف أحد الزوجين عن الحضور بعد تبليغه (م ١١٣ / ٢) .

وعمل الحكمين أولاً هو محاولة الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة (م ١١٤/ ١). وإذا كانت الإساءة من الزوجة أو مشتركة بين الزوجين قررا التفريق على تمام المهر أو على جزء منه بحسب مدى الإساءة (م ١١٤/ ٢).

وللحكمين تقرير التفريق مع عدم الإساءة من أحد الزوجين على براءة ذمة الزوج من بعض حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، واستحكم الشقاق بينهما (م ١١٤/ ٣).

وإذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً، وحلفه اليمين، كما يحلف الحكمان على أداء مهمتهما بعدل وأمانة (م ١١٤/ ٤).

ولا يملك الحكمان التفريق، وإنما يرفعان تقريرهما إلى القاضي ولو كان غير معلل، ويفوض الأمر إلى القاضي بالحكم بمقتضاه أو رفض التقرير، وتعيين حكمين آخرين للمرة الأخيرة (م ١١٥).

ويلاحظ أن مهمة الحكمين هي الإصلاح أولاً، ثم رفع تقرير إلى القاضي بالتفريق، احتياطاً في أمر الطلاق. لكن المقرر في المذهب المالكي كما بينا أن الحكمين يوقعان الطلاق بناء على التفويض الكامل من القاضي. فإذا قيد القاضي صلاحية الحكمين برفع تقرير كما ذهب القانون، لم يكن في الأمر مخالفة للمالكية.

المبحث الرابع ـ طلاق التعسف:

التعسف: هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير، وقد ذكر القانون السوري (م ١١٦، ١١٧) حالتين للتعسف في استعمال الطلاق وهما: الطلاق في مرض الموت أي طلاق الفارّ، والطلاق بغير سبب معقول[١].

(١) طلاق التعسف وإن وقع بإرادة الزوج، لا بالتفريق القضائي، فللقاضي دور الإشراف والرقابة والتحقق من كونه تعسفاً.

أولاً ـ الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفرار:

بينا سابقاً أنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً في مرض موته، أو ما في حكمه كإشراف سفينة على الغرق، فينفذ الطلاق باتفاق الفقهاء، ولا ترث المرأة عند الشافعية، ولو أراد الفرار من توريثها ومات الزوج في أثناء العدة؛ لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية.

وأخذ القانون السوري والمصري برأي الجمهور (غير الشافعية) في توريث المرأة في طلاق الفارّ إذا مات الزوج وهي في العدة. وترث أيضاً عند الحنابلة ولو مات بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج، وترث عند المالكية ولو تزوجت بآخر.

ونص القانون السوري على ما سبق في المادة (١١٦) الآتية:

من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً، بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة، والمرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت.

والسبب في تقرير الإرث رغم الطلاق: هو معاملة الزوج بنقيض مقصوده، فإنه أراد إبطال حق الزوجة في الميراث، فيرد عليه قصده، ما دامت العدة باقية، لبقاء آثار الزوجية.

فإن دلت القرائن على أنه لم يرد حرمانها من الإرث، كأن يكون الطلاق بطلبها أو عن طريق المخالعة، فلا ترث في عدة الطلاق البائن، وترث في عدة الطلاق الرجعي.

ويشترط لإرث المرأة في طلاق الفارّ: أن تكون مستحقة للإرث منذ الطلاق حتى وفاة الزوج، فإن كانت غير مستحقة للإرث وقت الطلاق كأن كانت كتابية، أو غير مستحقة للإرث وقت وفاة الزوج، كأن كانت مسلمة عند الطلاق، ثم ارتدت عند الوفاة، فلا ترث.

ثانياً ـ الطلاق بغير سبب معقول :

نص القانون السوري (م ١١٧ معدلة) على ما يلي :

إذا طلق الرجل زوجته ، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال .

وقد تضمن هذا التعديل عام ١٩٧٥ أمرين : الأول ـ عدم تقييد الزوجة بكونها فقيرة . والثاني ـ جعل التعويض مقدراً بنفقة ثلاث سنوات ، بدلاً من سنة في الماضي .

ومستند هذا الحكم الجديد : هو العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج .

وربما يستند هذا الحكم إلى المتعة المعطاة للمطلقة والتي أوجبها بعض الفقهاء ، واستحبها بعضهم ، ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف ، فيترك تقديرها للقاضي بحسب العرف .

المبحث الخامس ـ التفريق للغيبة :

أولاً ـ رأي الفقهاء :

للفقهاء رأيان في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته ، وتضررت من غيبته ، وخشيت على نفسها الفتنة :

فقال الحنفية والشافعية[1] : ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة

(١) الدر المختار : ٩٠٣/٢ ، مغني المحتاج : ٤٤٢/٣ .

الزوج عنها، وإن طالت غيبته، لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق. فإن كان موضعه معلوماً بعث الحاكم لحاكم بلده، فيلزم بدفع النفقة.

ورأي المالكية والحنابلة[1] جواز التفريق للغيبة إذا طالت، وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالاً تنفق منه أثناء الغياب؛ لأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضرراً بالغاً، والضرر يدفع بقدر الإمكان، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، ولأن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا.

لكن اختلف هؤلاء في نوع الغيبة ومدتها وفي التفريق حالاً، وفي نوع الفرقة:

ففي رأي المالكية: لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم والتجارة أم بغير عذر. وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد، وفي قول: ثلاث سنوات. ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولاً، وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوماً. ويكون الطلاق بائناً؛ لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

وفي رأي الحنابلة: لا تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، وحد الغيبة ستة أشهر فأكثر، عملاً بتوقيت عمر رضي الله عنه للناس في مغازيهم، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ماتدعيه. والفرقة تكون فسخاً لا طلاقاً، فلا تنقص عدد الطلقات؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخاً.

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢١٦، الشرح الصغير: ٧٤٦/٢، كشاف القناع: ١٢٤/٥، المغني: ٥٨٨/٧ وما بعدها، ٥٧٦ وما بعدها.

ولا تكون هذه الفرقة إلا بحكم القاضي ، ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة ؛ لأنه لحقها ، فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة .

ثانياً ـ موقف القانون من التفريق للغيبة :

نص القانون المصري لعام ١٩٢٩ (م ١٢ ، ١٣) على جواز التفريق للغيبة لمدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، بعد إنذار الزوجة بتطليقها عليه إن لم يحضر أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً ، أخذاً برأي المالكية .

ونص القانون السوري على التفريق للغيبة في المادة (١٠٩) التالية :

١ ـ إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول ، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

٢ ـ هذا التفريق طلاق رجعي ، فإذا رجع الغائب ، أو أطلق السجين ، والمرأة في العدة ، حق له مراجعتها .

دل النص على أنه يشترط للتفريق ما يلي :

١ً ـ أن تمضي سنة فأكثر على الغياب .

٢ً ـ أن يكون الغياب لغير عذر مقبول . فإن كان لعذر مقبول لم يحق لها طلب التفريق ، كالغياب في الجهاد أو الجندية الإجبارية أو لطلب العلم .

والتفريق للغيبة بطلب الزوجة يكون في الحال إن كان مكان الزوج غير معلوم . أما إن كان مكانه معلوماً ، فيطلب القاضي منه أن يحضر لأخذ زوجته إليه ، ويحدد له أجلاً معيناً ، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما . والتفريق طلاق رجعي ، وهذا مخالف لمذهب المالكية في أنه طلاق بائن ، ولمذهب الحنابلة في أنه فسخ .

المبحث السادس ـ التفريق للحبس :

لم يجز جمهور الفقهاء غير المالكية التفريق لحبس الزوج أو أسره أو اعتقاله، لعدم وجود دليل شرعي بذلك. ولا غيبة المسجون ونحوه عند الحنابلة تعد غيبة بعذر.

أما المالكية[1] فأجازوا طلب التفريق للغيبة سنة فأكثر، سواء أكانت بعذر أم بدون عذر، كما بينا. فإذا كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز لزوجته طلب التفريق، ويفرق القاضي بينهما، بدون كتابة إلى الزوج أو إنظار. وتكون الفرقة طلاقاً بائناً.

وقد نص القانون المصري لسنة ١٩٢٩ (م ١٤) على حق المرأة في طلب التفريق بعد مضي سنة من حبس زوجها الذي صدر في حقه عقوبة حبس مدة ثلاث سنين فأكثر، والطلاق بائن، كما هو رأي المالكية.

أما القانون السوري فقد ذكر في المادة (١٠٩) السابقة هذا الحق كالتفريق للغيبة على السواء.

المبحث السابع ـ التفريق بالإيلاء :

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري لحالتين من حالات انحلال الزواج وهما الإيلاء والظهار، كما لم يتعرض للعان.

أولاً ـ تاريخ الإيلاء ومعناه وألفاظه :

الإيلاء لغة الحلف، وهو يمين، وكان هو والظهار طلاقاً في الجاهلية، وكان يستخدمه العرب بقصد الإضرار بالزوجة، عن طريق الحلف بترك قربانها السنة فأكثر، ثم يكرر الحلف بانتهاء المدة، ثم جاء الشرع فغير حكمه، وجعله يميناً ينتهي بمدة أقصاها أربعة أشهر، فإن عاد حنث في يمينه، ولزمته كفارة اليمين إن حلف بالله

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٥١٩/٢

تعالى أو بصفة من صفاته التي يحلف بها . قال ابن عباس[1] « كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك ، فوقته الله أربعة أشهر» فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر، فليس بإيلاء ، أي أن الشرع أقره طلاقاً وزاد فيه الأجل .

والأصل في تنظيم يمين الإيلاء وحكمه قوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق ، فإن الله سميع عليم ﴾ .

وعدي الإيلاء في الآية بمن ، والأصل أن يعدى بعلى ، لأنه ضُمِّن كلمة « يؤلون » معنى يعتزلون أو معنى البعد ، كأنه قال : يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم . والفيء : الرجوع لغة ، والمراد به فقهاً : الجماع ، بالاتفاق .

والإيلاء : حرام عند الجمهور للإيذاء ، ولأنه يمين على ترك واجب ، مكروه تحريماً عند الحنفية .

والإيلاء شرعاً : الحلف ـ بالله تعالى أو بصفة من صفاته أو بنذر أو تعليق طلاق ـ على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة . وهذا تعريف الحنفية[2] فلا يصح إيلاء الصبي والمجنون ، ويصح إيلاء الكافر؛ لأنه من أهل الطلاق . وعرفه المالكية[3] بأنه حلف زوج مسلم مكلف ممكن الوطء بما يدل على ترك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر، سواء أكان الحلف بالله أم بصفة من صفاته ، أم بالطلاق ، أم بمشي إلى مكة ، أم بالتزام قربة .

فالإيلاء يختص عند المالكية بالزوج المسلم لا الكافر، وبالمكلف (البالغ العاقل) لا الصبي والمجنون ، وبالممكن وطؤه ولو سكراناً ، لا المجبوب والخصي ، والشيخ الفاني ،

---

(١) البدائع : ١٧١/٣ وما بعدها .

(٢) الدر المختار : ٧٤٩/٢ ، اللباب : ٥٩/٣ ، البدائع : ١٦١/٣ .

(٣) الشرح الصغير : ٦١٩/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٤٢٦/٢ وما بعدها .

فلا ينعقد لهم إيلاء، كما لا إيلاء من المرضع، لما في ترك وطئها من إصلاح الولد، ولا إيلاء فيما دون الأربعة الأشهر.

وعرفه الشافعية[1]: بأنه حلف زوج يصح طلاقه على الامتناع من وطء زوجته مطلقاً، أو فوق أربعة أشهر، سواء في المذهب الجديد أكان حلفاً بالله أم بصفة من صفاته، أم باليمين بالطلاق مثل: إن وطئتك فأنت أو ضرتك طالق؛ لأنه يمين يلزمه بالحنث فيها حق، فصح به الإيلاء، كاليمين بالله عز وجل، أم بنذر مثل: إن وطئتك فلله علي صلاة أو صوم أو حج. وذلك وفاقاً للمالكية. فلا يصح إيلاء من الصبي والمجنون والمكره لعدم صحة طلاقهم، ولا يصح أيضاً إيلاء عنين ومجبوب؛ لأنه وإن صح طلاقهما لا يصح إيلاؤهما؛ لأنه لا يتحقق منهما قصد الإيذاء بالامتناع عن الجماع.

وعرفه الحنابلة[2]: بأنه حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى أو بصفة من صفاته، على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، ولو كان الحلف قبل الدخول، مطلقاً أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها. فلا يصح إيلاءء عنين ومجبوب لعدم إمكان الجماع، ولا الحلف بالطلاق ونحوه ولا بنذر، ولا إيلاء من رتقاء ونحوها.

ألفاظ الإيلاء:

الإيلاء إما بلفظ صريح وإما بلفظ كناية يدل على الامتناع من الجماع[3]:

فمن الألفاظ الصريحة عند الحنفية والمالكية: قول الزوج لزوجته: والله لا أقربك أو لا أجامعك أو لا أطؤك أو لا أغتسل منك من جنابة، ونحوه من كل

---

(١) مغني المحتاج: ٣٤٣/٣ - ٣٤٤، المهذب: ١٠٥/٢.

(٢) كشاف القناع: ٤٠٦/٥.

(٣) الدر المختار: ٧٥٢/٢ - ٧٥٤، ٧٦٠، البدائع: ١٦٢/٣، اللباب: ٦٢/٣، ٦٣، الشرح الصغير: ٦٢٠/٢ - ٦٢٣، الشرح الكبير: ٤٢٨/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٤٥/٣ وما بعدها، المغني: ٣١٥/٧ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٠٨/٥ وما بعدها.

ما ينعقد به اليمين، أو قوله: «والله لا أقربك أربعة أشهر» حتى ولو كان الكلام موجهاً لحائض، لتعيين المدة. أو قوله عند الجمهور غير الحنابلة: إن قربتك فعلي حج أو نحوه مما يشق فعله، أما ما لا يشق فعله مثل: «فعلي صلاة ركعتين» فليس بمول عند الحنفية لعدم مشقتها، بخلاف قوله: فعلي مائة ركعة، فإنه يكون مولياً. أو قوله عند غير الحنابلة: إن قربتك فأنت طالق. وعلى هذا فالصريح عند الحنفية لفظان: الجماع والنيك[1]، وما يجري مجرى الصريح ألفاظ ثلاثة: القربان والمباضعة والوطء.

وصريح الإيلاء عند الشافعية: الحلف على ترك الوطء أو الجماع أو افتضاض البكر ونحو ذلك، والصريح عند الحنابلة: ثلاثة ألفاظ وهي قوله: والله لا آتيك، ولا أُدخل ولا أغيب أو أولج ذكري في فرجك، ولا افتضتك للبكر خاصة. وهناك عندهم ألفاظ عشرة صريحة في الحكم أو القضاء، ويدين فيها ما نواه عندهم فيما بينه وبين الله تعالى وهي: لا وطئتك، ولا جامعتك، ولا أصبتك، ولا باشرتك، ولا مسستك، ولا قربتك، ولا أتيتك، ولا باضعتك، ولا باعلتك، ولا اغتسلت منك، فهذه صريحة قضاء لأنها تستعمل عرفاً في الوطء.

والجديد عند الشافعية: أن الحلف بألفاظ الملامسة والمباضعة والمباشرة والإتيان والغشيان والقِرْبان والإفضاء والمس والدخول ونحوها كنايات تفتقر لنية الوطء؛ لأن لها حقائق غير الوطء، ولم تشتهر اشتهار ألفاظ الوطء والجماع والإيلاج وافتضاض بكر.

ومن ألفاظ الكناية التي تحتاج إلى نية عند الحنفية: أن يحلف بقوله: لا أمسك، لا آتيك، لا أغشاك؛ لا أقرب فراشك، لا أدخل عليك. ولو قال: «أنت

---

(١) لا حياء في الدين أي في بيان أحكامه للناس فيما يصدر عنهم عادة.

علي حرام» فهو إيلاء إن نوى التحريم، أو لم ينو شيئاً، وظهار إن نواه، فإن نوى الكذب فهو إيلاء قضاء؛ لأن تحريم الحلال يمين، وهدر باطل ديانة.

وألفاظ الكناية التي لا تكون إيلاء إلا بالنية عند الحنابلة هي ما عدا الألفاظ السابقة الصريحة في حكم الصريح، كقول الزوج: والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء، لا قربت فراشك، لا آويت معك، لا نمت عندك، لأسوأنك، لأغيظنك، لتطولن غيبتي عنك، لا مسّ جلدي جلدك ونحوها، فإن أراد بها الجماع واعترف بذلك، كان مولياً، وإلا فلا؛ لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها، ولم يرد النص باستعمالها فيه، إلا أن هذه الألفاظ نوعان: نوع منها يفتقر إلى نية الجماع والمدة معاً وهي: لأسوأنك، ولأغيظنك، ولتطولن غيبتي عنك، فلا يكون مولياً حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر. وباقي الألفاظ يكون مولياً بنية ترك الجماع فقط.

لغة الإيلاء: يصح الإيلاء بكل لغة عربية وعجمية[1]، سواء أكان المولي ممن يحسن العربية أم ممن لا يحسنها، فيصح من عجمي بالعربية، ومن عربي بالعجمية إن عرف المعنى كما في الطلاق وغيره؛ لأن اليمين تنعقد بغير العربية، وتجب بها الكفارة، والمولي: هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه.

ثانياً ـ أركان الإيلاء وشروطه:

ركن الإيلاء عند الحنفية: هو الحلف على ترك قربان امرأته مدة، ولو ذمياً، أو هو الصيغة التي ينعقد بها، من الألفاظ الصريحة أو الكناية المتقدمة، وما عداها فهو من شروط الإيلاء، وينعقد الإيلاء ككل الأيمان سواء في حالة الرضا أو الغضب.

---

(١) المغني: ٣١٧/٧، مغني المحتاج: ٣٤٣/٣.

وأما عند الجمهور فللإيلاء أركان أربعة هي : الحالف ، والمحلوف به ، والمحلوف عليه ، والمدة[1] .

١ ـ **الحالف :** هو المولي وهو عند المالكية : كل زوج مسلم عاقل بالغ يتصور منه الوقاع ، حراً كان أو عبداً ، صحيحاً كان أو مريضاً ، فلا يصح إيلاء الذمي .

وهو عند الحنفية : كل زوج له أهلية الطلاق ، وهو كل عاقل بالغ ، مالك النكاح ، وأضافه إلى الملك ، أو هو الذي لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء شاق يلزمه . فلا يصح إيلاء الصبي والمجنون ؛ لأنهما ليسا من أهل الطلاق ، ويصح إيلاء الذمي الكافر ؛ لأن الكافر من أهل الطلاق ، ويصح إيلاء العبد بما لا يتعلق بالمال ، مثل إن قربتك فعلي صوم أو حج أو عمرة ، أو امرأتي طالق ، أو والله لا أقربك ، فإن حنث لزمه الكفارة بالصوم . أما ما يتعلق بالمال مثل إن قربتك فعلي عتق رقبة ، أو أن أتصدق بكذا ، فلا يصح ؛ لأنه ليس من أهل ملك المال . ولا يصح الإيلاء لو قال لامرأة أجنبية ، أو لمن أبانها بثلاث أو بطلاق بائن : « والله لا أقربك » لأنه غير مالك النكاح ، لكن إن أضاف ذلك إلى الملك بأن قال للأجنبية أو المبانة منه : إن تزوجتك فوالله لا أقربك ، كان مولياً .

والمولي عند الشافعية : كل زوج يصح طلاقه أو هو كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء . فلا يصح إيلاء الصبي والمجنون والمكره ، والمجبوب والأشل ، ولا يصح الإيلاء على المذهب من رتقاء أو قرناء ؛ لأنه لا يتحقق منه قصد الإيذاء والإضرار ، لامتناع الأمر في نفسه .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٤١ ، مغني المحتاج : ٣٤٣/٣ ، المهذب : ١٠٥/٢ ، الشرح الكبير : ٤٢٦/٢ ، المغني : ٢٩٨/٧ ، ٣١٤ ، كشاف القناع : ٤٠٦/٥ وما بعدها ، غاية المنتهى : ١٨٨/٣ ، الدر المختار : ٧٥٠/٢ ـ ٧٥٢ ، البدائع : ١٧١/٣ ـ ١٧٥ .

ويصح إيلاء المريض والمحبوس والحر والعبد، والمسلم والكافر والخصي والسكران المتعدي بسكره؛ لأنه يصح طلاقه في الجملة.

والحالف المولي عند الحنابلة: هو كل زوج يمكنه الجماع، يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها أكثر من أربعة أشهر. فلا يصح إيلاء عاجز عن وطء مثل عنين ومجبوب وأشل، ولا بنذر أو طلاق ونحوه، ولا من امرأة رتقاء ونحوها، ولا يصح من صبي مميز أو مجنون أو مغمى عليه، ويصح الإيلاء من كافر وعبد وغضبان وسكران ومريض مرجو برؤه، ومن لم يدخل بزوجته.

وبه يتبين أن الجمهور يجيزون إيلاء الكافر، والمالكية لا يجيزونه.

٢ـ المحلوف به: هو الله تعالى وصفاته بالاتفاق، وكذا عند الجمهور غير الحنابلة: كل يمين يلزم عنها حكم كالطلاق والعتق والنذر لصيام أو صلاة أو حج وغير ذلك. وخص الحنابلة المحلوف به بالله تعالى أو صفة من صفاته، لا بطلاق أو نذر ونحوهما.

ورأى المالكية والحنابلة: أن من ترك الوطء بغير يمين، لزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار، فيحدد له مدة أربعة أشهر، ثم يحكم له بحكم الإيلاء؛ لأنه تارك لوطئها ضرراً بها، فأشبه المولي.

وكذلك من ظاهر من زوجته، ولم يكفر كفارة الظهار، تضرب له مدة الإيلاء، ويثبت له حكمه، لقصده الإضرار بها أيضاً.

٣ـ المحلوف عليه: هو الجماع، بكل لفظ يقتضي ذلك، مثل: لا جامعتك ولا اغتسلت منك، ولا دنوت منك، وشبه ذلك من الألفاظ الصريحة والكناية المتقدمة.

٤ـ المدة: وهي في رأي الجمهور غير الحنفية أن يحلف الزوج ألا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر. وفي رأي الحنفية: أقل المدة أربعة أشهر فأكثر. فلو حلف على

ثلاثة أشهر أو أربعة لم يكن مولياً عند الجمهور، ويكون مولياً عند الحنفية في أربعة أشهر، وليس مولياً في أقل من أربعة أشهر.

وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم في الفيء: وهو الرجوع إلى قربان الزوجة، هل يكون قبل مضي الأربعة الأشهر أو يكون بعد مضيها؟ فالحنفية قالوا: يكون الفيء قبل مضيها، فتكون مدة الإيلاء أربعة أشهر، والجمهور قالوا: الفيء بعد مضيها، فتكون مدة الإيلاء أزيد من أربعة أشهر.

شروط الإيلاء:

شروط الإيلاء عند الحنفية[1] ستة وهي ما يأتي:

١ً - محلية المرأة بكونها زوجة، ولو حكماً كالمعتدة من طلاق رجعي، وقت تنجيز الإيلاء، فإن كانت المرأة بائنة من زوجها بثلاث أو بلفظ بائن لم يصح الإيلاء منها.

٢ً - وأهلية الزوج للطلاق: فصح إيلاء الذمي بغير ما هو قربة محضة من نحو حج وصوم. وفائدة تصحيح إيلاء الذمي، وإن لم تلزمه الكفارة بالحنث: هي وقوع الطلاق بترك قربان المرأة في مدة الإيلاء.

٣ً - ألا يقيد بمكان: لأنه يمكن قربان المرأة في غيره.

٤ً - ألا يجمع بين الزوجة وغيرها كأجنبية؛ لأنه يمكنه قربان امرأته وحدها بلا لزوم شيء.

٥ً - أن يكون المنع من القربان فقط.

٦ً - ترك الفيء، أي الجماع في المدة المقررة وهي أربعة أشهر؛ لأن الله تعالى

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٧٥٠/٢ وما بعدها، البدائع: ١٧٠/٣ - ١٧٣.

جعل عزم الطلاق شرط وقوعه بقوله: ﴿فإن عزموا الطلاق، فإن الله سميع عليم﴾ وكلمة «إن» للشرط، وعزم الطلاق: ترك الفيء في المدة. ودليلهم على أن المدة هي أربعة الأشهر: أن الفيئة تكون في مدة الأربعة أشهر، لا بعدها.

وذكر الحنابلة وبقية المذاهب أربعة شروط للإيلاء هي ما يأتي[1]:

١ً ـ أن يحلف الزوج بالله عز وجل أو بصفة من صفاته كالرحمن ورب العالمين ألا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر أو يحلف عند المالكية والشافعية والحنفية على ترك الوطء بطلاق أو عتاق أو نذر صدقة المال أو الحج أو الظهار، لما قال ابن عباس: «كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء» ولأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله، ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف، فيكون مولياً لتحقق المنع باليمين، وهو ذكر الشرط والجزاء.

ولا يكون الحلف بالطلاق والعتاق إيلاء على الرواية المشهورة عند الحنابلة؛ لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم، بدليل قراءة أبي وابن عباس: «للذين يقسمون» مكان «يؤلون» وفسر ابن عباس: «يؤلون» بقوله: «يحلفون بالله» والتعليق بشرط ليس بقسم، فلا يكون إيلاء، وإنما يسمى حلفاً تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم: وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر، ويحمل الكلام عند إطلاقه على الحقيقة لا على المجاز.

وإن قال: «إن وطئتك فلله علي صوم أو حج أو عمرة» يكون إيلاء عند الجمهور، وقيده الحنفية بفعل فيه مشقة، لا بصلاة نحو ركعتين، فليس بمول لعدم مشقتها. والتزام صلاة مائة ركعة يجعله مولياً.

---

(١) الشرح الصغير: ٦١٩/٢ ـ ٦٢٥، القوانين الفقهية: ص ٢٤١، المهذب: ١٠٥/٢ وما بعدها، المغني: ٢٩٨/٧، ٣٠٠، ٣١١ ـ ٣١٥، كشاف القناع: ٤٠٧/٥ ـ ٤١٠، ٤١٦، بداية المجتهد: ١٠٠/٢، اللباب: ٦١/٣، الدر المختار: ٧٥٧/٢، البدائع: ١٧١/٣، مغني المحتاج: ٣٤٤/٣

ولا إيلاء أيضاً عند الحنابلة إن حلف على ترك الوطء بنذر أو صدقة مال أو حج أو ظهار أو تحريم مباح ونحوه، فلا يكون الزوج مولياً؛ لأنه لم يحلف بالله تعالى، فأشبه ما لو حلف بالكعبة.

٢ً- أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر؛ لأن الله تعالى جعل للحالف تربص أو انتظار أربعة أشهر، فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص؛ لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائه، فدل على أنه لا يصير بما دون تلك المدة مولياً، ولأن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر، بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه سأل: «كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقيل: شهرين وفي الثالث: يقل الصبر، وفي الرابع: ينفد الصبر» فإذا نفد صبرها طالبت، فلا بد من الزيادة على ذلك، ويكفي زيادة لحظة.

٣ً- أن يحلف الزوج على ترك الوطء في القُبُل (أو الفرج): فإن ترك الوطء بغير يمين ولا قصد إضرار، لم يكن مولياً لظاهر الآية: ﴿للذين يؤلون ...﴾ وإن قال: لا وطئتك في الدبر، لم يكن مولياً؛ لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه، ولا تتضرر المرأة بتركه، وإنما هو وطء محرم، وقد أكد منع نفسه منه بيمينه.

وكذا إن قال: «والله، لا وطئتك دون الفرج» لم يكن مولياً؛ لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب في الفيئة، ولا ضرر على المرأة في تركه.

٤ً- أن يكون المحلوف عليها امرأة، لقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه، فلا يكون مولياً منها، كالأجنبية. وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها، لم يكن مولياً؛ لأنه إذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً الإضرار، فأشبه الممتنع بغير يمين.

ويصح الإيلاء بالاتفاق من المطلقة الرجعية في العدة؛ لأنها في حكم الزوجة يلحقها الطلاق، فيلحقها الإيلاء.

ولا يصح من المطلقة البائنة، لانقطاع الزوجية.

ويصح الإيلاء من كل زوجة، مسلمة كانت أو ذمية، حرة كانت أو أمة، لعموم قوله سبحانه: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ ولأن كل واحدة منهن زوجة، فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة.

ويصح الإيلاء قبل الدخول وبعده، لعموم الآية، ولتوافر المعنى؛ لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه، فأشبه ما بعد الدخول.

ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة، إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الصغر والجنون؛ لأنهما ليسا من أهل المطالبة.

ولا يصح الإيلاء من الرتقاء والقرناء؛ لأن الوطء متعذر دائماً، فلم تنعقد اليمين على تركه، كما لو حلف على ألا يصعد السماء.

أما الحالف فقد عرفنا شرطه: فهو أن يكون زوجاً عاقلاً بالغاً قادراً على الوطء، ومسلماً عند المالكية. فلا يصح إيلاء غير الزوج، ولا إيلاء الصبي والمجنون؛ لأن القلم مرفوع عنهما وليسا مكلفين، ولا إيلاء المجبوب والأشل، للعجز عن الوطء وتعذره منه قبل اليمين، ولا تضر المرأة يمينه، ويصح عند الشافعية والحنابلة إيلاء المسلم والكافر والحر والعبد، والسليم والخصي، والمريض الذي يرجى برؤه، والمحبوس والسكران، لقدرتهم على الوطء، فصح من كل منهم الامتناع عنه ولعموم آية الإيلاء، ولا يصح الإيلاء عند المالكية من الكافر؛ لأنه ليس أهلاً للكفارة عن اليمين، ولأنه ليس أهلاً للمغفرة والرحمة بالفيئة المصرح عنها في الآية: ﴿فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم﴾ فإن الكافر لا تحصل له مغفرة ولا رحمة بالفيئة.

ويصح الإيلاء في حال الرضا والغضب، فلا يشترط في الإيلاء كونه في حال الغضب، ولا قصد الإضرار، لعموم آية الإيلاء، ولأن الإيلاء كالطلاق والظهار

وسائر الأيمان، سواء في الغضب والرضا، ولأن حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الغضب والرضا، فكذلك في الإيلاء.

ثالثاً ـ حكم الإيلاء:

ليمين الإيلاء عند الحنفية حكم أخروي، وحكم دنيوي[1]:

أما الحكم الأخروي: فهو الإثم إن لم يفئ إليها، لقوله تعالى: ﴿فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم﴾ لأن الإيلاء مكروه تحريماً عندهم.

وأما الحكم الدنيوي: فيتعلق بالإيلاء حكمان: حكم الحنث، وحكم البر.

أما حكم الحنث: فهو لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق إن حنث في يمينه، فإن وطئها في مدة الأربعة الأشهر، حنث في يمينه، لفعله المحلوف عليه، ويختلف حكم الحنث باختلاف المحلوف به: فإن كان الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته مثل: «والله لا أقربك»، فتجب عليه كفارة اليمين كسائر الأيمان، وهي إطعام عشرة مساكين يوماً واحداً، أو كسوتهم أو تحرير رقبة، بالنسبة للموسر، فإن لم يجد شيئاً من ذلك، بأن كان معسراً، وجب عليه صيام ثلاثة أيام متتابعات. وإذا لزمته الكفارة سقط الإيلاء.

وإن كان الحلف بالشرط والجزاء مثل: «إن قربتك فعلي حج، أو أنت طالق» فيلزمه الجزاء المعلَّق إن حنث، أي يلزمه المحلوف به كسائر الأيمان المعلقة بالشرط والجزاء.

وأما حكم البر: بأن لم يطأ الزوجة المحلوف عليها أو لم يقربها، فهو وقوع طلقة بائنة، بدون حاجة لرفع الأمر إلى القاضي، بمجرد مضي المدة من غير فيء، أي

---

(١) البدائع: ١٧٥/٣ ـ ١٧٧، الدر المختار ورد المحتار: ٧٤٩/٢ ـ ٧٥٠، اللباب: ٦٠/٣.

لم يرجع إلى ما حلف عليه ، جزاء على ظلمه ، ورحمة على المرأة ونظراً لمصلحتها بتخليصها منه ، لتتوصل إلى إيفاء حقها من زوج آخر.

ودليلهم على كونه طلاقاً بائناً : هو العمل برأي جماعة من الصحابة وهم عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة (ابن مسعود وابن عباس وابن عمر) وزيد بن ثابت فإنهم قالوا : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، ولأن دفع الظلم عن المرأة لا يكون إلا بالبائن ، لتتخلص منه ، فتتمكن من الزواج بآخر.

وقدر هذا الطلاق عند الحنفية ما عدا زفر[1] : أن الطلاق يتبع المدة ، لا اليمين فيكون واحداً باتحاد المدة ، ويتعدد بتعددها . وعلى هذا : إذا قال الرجل لامرأته : « والله لا أقربك ، أو لا أقربك أربعة أشهر» فإن كان حلف على مدة الإيلاء فقط أربعة أشهر، فقد سقطت اليمين ؛ لأنها كانت مؤقتة بوقت ، فترتفع بمضيه .

وإن كان حلف على الأبد ، فاليمين باقية بعد البينونة لعدم الحنث ، فإن عاد إليها فتزوجها ثانياً ، عاد الإيلاء ؛ لأن زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها ، فإن وطئها حنث في يمينه ولزمته الكفارة ، وسقط الإيلاء ؛ لأنه يرتفع بالحنث، وإلا يطأها وقعت بمضي أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى ؛ لأن بالتزوج ثبت حقها ، فيتحقق الظلم ، فيعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج . فإن عاد إليها وتزوجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقع بمضي أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى لبقاء طلاق ذلك الملك ببقاء المحلية . فإن عاد إليها وتزوجها رابعاً بعد حلها بتزوج زوج آخر، لم يقع بالإيلاء طلاق ، لزوال طلاق ذلك الملك بزوال المحلية ، ولكن اليمين باقية لعدم الحنث ، فإن وطئها كفَّر عن يمينه لوجود الحنث .

---

(١) رأي زفر : أن الطلاق يتبع اليمين ، فيتعدد بتعدد اليمين ، ويتحد باتحادها ؛ لأن وقوع الطلاق ولزوم الكفارة حكم الإيلاء ، والإيلاء يمين ، فيدور الحكم مع اليمين ، فيتحد باتحادها ، ويتعدد بتعددها ؛ لأن الحكم يدور مع سببه .

ودليل جمهور الحنفية : أن سبب اعتبار الإيلاء يميناً هو منع حق المرأة في الجماع في المدة ، والمنع يتحد باتحاد المدة فيتحد الظلم فيتحد الطلاق ، ويتعدد بتعدد المدة فيتعدد الظلم ، فيتعدد الطلاق ، وأما الكفارة فتجب لهتك حرمة اسم الله عز وجل ، والهتك يتحد ويتعدد بحسب اتحاد الاسم وتعدده .

والفيء عند الحنفية[1] : نوعان : فعل وقول :

أما الفعل : فهو الجماع في الفرج ، فلو جامعها فيما دون الفرج ، أو قبلها بشهوة ، أو لمسها بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة ، لم يكن ذلك فيئاً ؛ لأن حقها في الجماع في الفرج ، فصار ظالماً بمنعه ، فلا يندفع الظلم إلا به .

وأما القول : فصورته أن يقول لها : فئت إليك ، أو راجعتك ، أو ما أشبه ذلك . ويشترط لصحته شروط ثلاثة :

أحدها ـ العجز عن الجماع : فلا يصح الفيء بالقول مع القدرة على الجماع ؛ لأن القول بدل عن الجماع ، كالتيمم مع الوضوء .

والعجز نوعان : حقيقي وحكمي ، أما الحقيقي : فنحو أن يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً يتعذر معه الجماع ، أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها ، أو رتقاء ، أو يكون الزوج مجبوباً ، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها مدة الإيلاء ، أو تكون ناشزة محتجبة في مكان لا يعرفه ، أو يكون محبوساً لا يقدر أن يدخل بها .

وأما الحكمي أو الشرعي : فمثل أن يكون محرماً وقت الإيلاء ، وبينه وبين الحج أربعة أشهر .

---

(١) البدائع : ١٧٣/٣ وما بعدها .

والثاني ـ دوام العجز عن الجماع إلى أن تمضي مدة الإيلاء : فلو قدر على الجماع في أثناء المدة ، بطل الفيء بالقول ، وانتقل إلى الفيء بالجماع . وكذا إن صح من مرضه في المدة بطل الفيء باللسان وصار فيئه بالجماع ؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود ، فيبطل الخلف ، كالمتيم إذا قدر على الماء في الصلاة .

الثالث ـ قيام ملك النكاح وقت الفيء بالقول : وهو أن تكون المرأة في حال الفيء إليها زوجته غير بائنة منه ، فإن كانت بائنة منه ، ففاء بلسانه ، لم يكن ذلك فيئاً ، ويبقى الإيلاء . وهذا بخلاف الفيء بالجماع ، فإنه يصح بعد زوال الملك وثبوت البينونة ، فلا يبقى الإيلاء ويبطل ؛ لأنه حنث بالوطء ، فانحلت اليمين وبطلت .

شرط الفيء بنوعيه : يشترط أن يكون الفيء قبل مضي الأربعة الأشهر ، فإن فاء في المدة حنث بيمينه ، ولزمته الكفارة ، وسقط الإيلاء ، وإن لم يفئ حتى مضت أربعة أشهر ، بانت منه بتطليقة[١] .

الاختلاف في الفيء : إذا اختلف الزوج والمرأة في الفيء مع بقاء المدة ، بأن ادعى الزوج الفيء ، وأنكرت المرأة ، فالقول قول الزوج ؛ لأن المدة إذا كانت باقية ، فالزوج يملك الفيء فيها ، وقد ادعى الفيء في وقت يملك فيه إنشاءه فيه ، فكان الظاهر شاهداً له ، فكان القول قوله .

وإن اختلفا بعد مضي المدة ، فالقول قول المرأة ؛ لأن الزوج يدعي الفيء في وقت لا يملك إنشاء الفيء فيه ، فكان الظاهر شاهداً عليه للمرأة ، فكان القول قولها[٢] .

---

(١) الكتاب مع اللباب : ٦٠/٣ .

(٢) البدائع : ١٧٣/٣ .

حكم الفيء عند الجمهور غير الحنفية[1] :

الكلام فيه يشمل أمرين :

الأول ـ مدة الإمهال بلا قاض : إذا آلى الزوج من زوجته ، لم يطالب بشيء من وطء وغيره قبل أربعة أشهر، لقوله عز وجل : ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ .

وابتداء المدة من حين اليمين ؛ لأنها ثبتت بالنص والإجماع ، فلم تفتقر إلى تحديد كمدة العنة التي يحددها القاضي .

فإن وطئها فقد أوفاها حقها قبل انتهاء المدة ، وخرج من الإيلاء ، وإن وطئها بعد المدة قبل مطالبة المرأة أو بعدها ، خرج من الإيلاء أيضاً ؛ لأنه فعل ما حلف عليه .

وإن لم يطأ ، رفعت الزوجة الأمر إلى القاضي إن شاءت ، وحينئذ يأمره القاضي بالفيئة إلى الوطء ، فإن أبى ، طلق القاضي عليه ، ويقع الطلاق رجعياً .

فالطلاق الواجب على المولي عند الجمهور رجعي ، سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه ؛ لأنه طلاق لامرأة مدخول بها من غير عوض ، ولا استيفاء عدد ، فكان رجعياً كالطلاق في غير الإيلاء ، بخلاف فرقة العنة فإنها فسخ لعيب ، ولأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع فيحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن .

وأما عند الحنفية فقد بينا أنه طلاق بائن ؛ لأنها فرقة لرفع الضرر، فكان بائناً كفرقة العنة .

والفيئة : الجماع المعروف أو الوطء باتفاق العلماء ، وأدنى الوطء تغييب الحشفة في الفرج إن كانت ثيباً ، وافتضاض البكارة إن كانت بكراً .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٤١ وما بعدها . بداية المجتهد : ٩٩/٢ ـ ١٠٣ ، الشرح الصغير : ٦٢٩/٢ ـ ٦٣١ ، مغني المحتاج : ٣٤٨/٣ ـ ٣٥١ ، المهذب : ١٠٨/٢ ـ ١١١ ، المغني : ٣١٨/٧ ـ ٣٢٧ .

فلو وطئ دون الفرج لم يكن فيئة ؛ لأنه ليس بمحلوف على تركه ، ولا يزول الضرر على المرأة بفعله . ولا بد من أن يكون الواطئ عالماً عامداً عاقلاً مختاراً ، فإن وطئ ناسياً أو مكرهاً أو مجنوناً لم يحنث وبقي الإيلاء ، وإن وطئها وطئاً حراماً مثل إن وطئها حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً ، حنث وخرج من الإيلاء عند الشافعية والحنابلة ، بل حتى لو كان الوطء في الدبر عند الشافعية لحصول المقصود . وقال المالكية والحنفية : إن شرط الوطء الكافي أن يكون حلالاً ، فلا يكفي الحرام كما في الحيض والإحرام ، ويطالب بالفيئة بعد زوال المانع ، وإن حنث بالحرام فيلزمه الكفارة ولا تنحل يمين الإيلاء .

وإذا فاء لزمته الكفارة ـ كفارة اليمين ـ لقوله تعالى : ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ، فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ... ﴾ وإن كان الإيلاء بتعليق طلاق ، وقع بنفس الوطء ؛ لأنه معلق بصفة وقد وجدت . وإن كان على نذر صدقة أو صوم أو صلاة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات ، فيلزمه الوفاء به بالوطء ، ويخير عند الشافعية والحنابلة بين الوفاء به وبين كفارة يمين ؛ لأنه نذر لجاج وغضب .

الثاني ـ الفيئة حالة العجز عن الجماع :

أ ـ إن كان المانع من جهة المرأة يمنع الوطء منعاً شرعياً كحيض ونفاس ، أو حسياً كمرض لا يمكن معه الوطء ، فلا يطالب الزوج بالفيئة ؛ لأن الوطء متعذر من جهتها ، فكيف تطلبه أو تطلب ما يقوم مقامه وهو الطلاق ، ولأن المطالبة تكون بالمستحق ، وهي لا تستحق الوطء حينئذ .

ب ـ وإن كان المانع من الوطء من جهة الزوج مانعاً طبيعياً وهو حبس أو مرض يمنع الوطء ، أو يخاف منه زيادة العلة أو بطء البرء ، أو مانعاً شرعياً كإحرام

بحج أو عمرة، أو كان مغلوباً على عقله بجنون أو إغماء، لم يطالب بالوطء، لأن المجنون والمغمى عليه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب، وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر، ثم يطالب حينئذ. وكذا لا يطالب المحبوس والمريض والمحرم بالوطء بالفعل لتعذره، وإنما يطالب بالفيء بالقول، أي بالوعد بالوطء إذا زال مانع المرض أو السجن أو الإحرام أو نحوها، أو بالطلاق إن لم يفئ، بأن يقول: إذا قدرت فئت، أو طلقت؛ لأن بهذا القول يندفع الأذى الموجه للمرأة الذي حصل باللسان.

لكن المذهب عند الشافعية أنه إذا كان في الزوج مانع شرعي كإحرام وظهار قبل التكفير، وصوم واجب، فيطالب بالطلاق؛ لأنه هو الذي يمكنه، ولا يطالب بالفيئة لحرمة الوطء، ويحرم عليها تمكينه.

وإذا انقضت مدة الأربعة الأشهر، فادعى أنه عاجز عن الوطء: فإن كان قد وطئها مرة، لم تسمع دعواه العنة، كما لا تسمع دعواها عليه، ويطالب بالفيئة أو بالطلاق كغيره. وإن لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة، تسمع دعواه ويقبل قوله؛ لأن التعيين من العيوب التي لا يقف عليها غيره، فيقبل قوله مع اليمين. وللمرأة أن تطالب الحاكم بأن يضرب له مدة العنة وهي سنة، بشرط أن يفيء فيئة أهل الأعذار وهو الوعد بالوطء عند القدرة على الجماع، فيقول: متى قدرت جامعتها. وبهذا يتفق الجمهور مع الحنفية في أن الفيء يكون بالجماع أو بالقول عند العجز عن الجماع.

اختلاف الزوجين في الإيلاء أو في انقضاء مدته أو في حدوث الفيئة:

إذا اختلف الزوجان في الإيلاء أو في انقضاء مدته: بأن ادعته عليه، فأنكر فالقول قول الزوج؛ لأن الأصل عدمه، والأصل عدم انقضاء المدة.

وإن اختلفا في الفيئة، فقال الزوج: قد أصبتها، وأنكرت الزوجة:

فإن كانت ثيباً، كان القول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء النكاح، والمرأة تدعي ما يلزمه به رفعه، وهو يدعي ما يوافق الأصل ويبقيه، فكان القول قوله، كما لو ادعى الوطء في العنة كما سبق.

فإن نكل عن اليمين، حلفت الزوجة أنه لم يف، وبقيت على حقها من الطلب بأن يفيء أو يطلق، فإن لم تحلف بقيت زوجة كما لو حلف.

وأما إن كانت بكراً، واختلفا في الإصابة، أريت النساء الثقات، فإن شهدن بثيوبتها، فالقول قول الزوج بيمينه، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها بيمينها؛ لأنه لو وطئها زالت بكارتها.

وهذا متفق عليه بين الجمهور والحنفية.

الطلاق في مدة الإيلاء: إن طلق المولي، فقد سقط حكم الإيلاء، وبقيت اليمين. فإن عاد فتزوجها عاد عند الجمهور غير الحنفية حكم الإيلاء من حين تزوجها، واستؤنفت المدة حينئذ، أي تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة، فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون، عمل بها، وإن كان أكثر من أربعة أشهر، تربص أربعة أشهر، ثم قيل له عند انقضائها: إما أن يفيء أو يطلّق، فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه تطليقة، وتكون رجعية.

وقد بينا أن الإيلاء يعود عند الحنفية إن كان الطلاق أقل من ثلاث، وإن استوفى عدد الطلاق لم يعد الإيلاء.

ولا يطلق الحاكم عليه سوى تطليقة عند المالكية والشافعية؛ لأن إيفاء الحق يحصل بها، فلم يملك زيادة عليها، كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع عن إيفائه.

وأجاز الحنابلة للقاضي أن يطلق على الزوج ثلاثاً؛ لأن المولي إذا امتنع من

الفيئة والطلاق معاً، قام القاضي مقامه، فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولي، ويكون الأمر والخبرة إليه، إن شاء طلق واحدة، وإن شاء اثنتين، وإن شاء ثلاثاً، وإن شاء فسخ؛ لأن القاضي قام مقام المولي، فملك من الطلاق ما يملكه المولي، كما لو وكله في الطلاق، وليس ذلك زيادة على حقها، فإن حقها الفرقة، غير أنها تتنوع.

والراجح هو الرأي الأول؛ لأن الحاجة كالضرورة تقدر بقدرها، وتتحقق حاجة المرأة بالطلقة الواحدة.

العدة بعد الإيلاء: اتفقت المذاهب الأربعة على أن الزوجة المولى منها تلزمها العدة بعد الفرقة؛ لأنها مطلقة، فوجب أن تعتد كسائر المطلَّقات. وقال جابر بن زيد وهو مروي عن ابن عباس: لا تلزمها عدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأربعة الأشهر ثلاث حيضات؛ لأن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم، وهذه قد حصلت لها البراءة.

وسبب الخلاف: أن العدة اشتملت على مصلحة وجانب تعبدي، فمن لحظ المصلحة لم ير عليها عدة، ومن لحظ جانب التعبد، أوجب عليها العدة.

خلاصة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حكم الإيلاء:

اختلف الجمهور مع الحنفية في أمرين:

الأول- أن الفيء عند الجمهور يكون قبل مضي المدة، ويكون بعدها. وعند الحنفية: الفيء يكون قبل مضي المدة. وعليه إن حصل الفيء قبل مضي المدة، زال الإيلاء ولزم الحانث كفارة اليمين بالاتفاق. وإن لم يحصل الفيء بعد مضي المدة، رفعت الزوجة الأمر للقاضي، والقاضي يخير الزوج بين أمرين: الفيء أو الطلاق، فإن فعل، وإلا طلق عليه القاضي، ويكون الطلاق رجعياً لا بائناً، وعند الحنفية: الطلاق بائن.

ويجري العمل في مصر وسورية على رأي الجمهور.

الثاني - أن الطلاق عند الجمهور لا يقع بمجرد مضي المدة، وإنما يقع بتطليق الزوج، أو القاضي إذا رفعت الزوجة الأمر إليه.

ويرى الحنفية: أنه بمجرد مضي مدة الأربعة الأشهر، تطلق الزوجة طلقة بائنة.

وسبب الخلاف: تفسير المقصود من قوله تعالى: ﴿فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾ فالمعنى عند الحنفية: فإن فاؤوا في هذه الأشهر، فإن الله غفور رحيم لما أقدموا عليه من الحلف على الإضرار بالزوجة، وإن لم يفيئوا في هذه الأشهر، واستمروا في أيمانهم، كان ذلك عزماً منهم على الطلاق، ويقع الطلاق بحكم الشرع. فتكون النتيجة: إذا مضت الأربعة الأشهر بدون فيئة، وقع الطلاق.

والمعنى عند الجمهور: للذين يحلفون يمين الإيلاء انتظار أربعة أشهر، فإن فاؤوا بعد مضي المدة، فإن الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين وعزم الظلم للمرأة، وإن عزموا الطلاق بعد انقضاء المدة، فإن الله سميع لطلاقهم، عليم بما يصدر عنهم من خير أو شر، فيجازيهم عليه. والنتيجة: أن مضي الأجل لا يقع به طلاق، وإنما يعرض الأمر على الحاكم، فإما فاء وإما طلق.

فالحنفية نظروا لقوله تعالى: ﴿وإن عزموا الطلاق﴾ بترك الفيئة، والجمهور نظروا لقوله تعالى: ﴿فإن فاؤوا﴾ بعد انقضاء المدة، والراجح لدي رأي الجمهور إذ لو وقع الطلاق بانقضاء المدة، لما كان هناك حاجة إلى العزم عليه بعد وقوعه، ولأن في إعطاء المهلة للرجل لمراجعة نفسه، وإدراك خطئه، خيراً من إيقاع الطلاق وإنهاء الزواج.

المبحث الثامن ـ التفريق باللعان :

فيه ثمانية مطالب هي ما يأتي :

تعريف اللعان وسببه ، مشروعيته ، أركانه وشروطه ، وشروط المتلاعنين ، كيفيته ودور القاضي في اللعان ، ما يجب عند نكول أحد الزوجين أو رجوعه ، هل اللعان شهادات أم أيمان ؟ ، آثار اللعان ، ما يسقط اللعان بعد وجوبه وما يبطل به ، حكم اللعان قبل التفريق .

المطلب الأول ـ تعريف اللعان وسببه :

تعريف اللعان : اللعان لغة : مصدر لاعن كقاتل ، من اللعن : وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى ، وسمي به ما يحصل بين الزوجين ؛ لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً ، أو لأن الرجل هو الذي يلعن نفسه ، وأطلق في جانب المرأة من مجاز التغليب ، فسمي لعاناً لأنه قول الرجل وهو الذي بدئ به في الآية .

وعرفه الحنفية والحنابلة[1] بأنه : شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة ، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ، ومقام حد الزنا في حق الزوجة . لكن يصح اللعان في النكاح الفاسد في رأي الحنابلة ، ولا يصح في رأي الحنفية ، كما سيأتي .

وعرفه المالكية[2] بأنه : حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته ، أو على نفي حملها منه ، وحلف زوجة على تكذيبه أربعة أيمان ، بصيغة : «أشهد بالله لرأيتها تزني ونحوه» وبحضور حاكم ، سواء صح النكاح أو فسد . فلا يصح حلف غير زوج

---

(١) الدر المختار : ٢/٨٠٥ ، اللباب : ٣/٧٤ ، كشاف القناع : ٥/٤٥٠ .

(٢) الشرح الصغير : ٢/٦٥٧ وما بعدها .

كأجنبي، ولا كافر، ولا صبي أو مجنون، ويكون الحلف بإشراف حاكم يشهد التلاعن، ويحكم بالتفريق، أو يحد من نكل، سواء صح الزواج بين الزوجين، أو فسد لثبوت النسب بالزواج الفاسد.

وعرفه الشافعية[1] بأنه: كلمات معلومة، جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي ولد.

وسبب اللعان أمران[2]: أحدهما ـ قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب حد الزنا لو قذف أجنبية. وقال المالكية: ادعاء رؤية الزنى بشرط ألا يطأها بعد الرؤية، فإن ادعى الزنى دون الرؤية، حد للقذف، ولم يجز اللعان على المشهور عندهم خلافاً لغيرهم.

والثاني ـ نفي الحمل أو الولد، ولو من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

واشترط المالكية: أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجته لأمد يلحق به الولد، وأن يدعي الاستبراء[3] بحيضة واحدة، وأن ينفيه قبل وضعه، فإن سكت حتى وضعته حد، ولم يلاعن.

أما القذف: فعلى النحو الذي بيناه في حد القذف يكون إما باللفظ الصريح بالزنا: كقول الشخص: يا زاني أو يا زانية، أو بما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب عن إنسان من أبيه المعروف، كأن يقول: «لست بابن فلان».

أو بلفظ كناية عند الشافعية، كأن يقول: «زنأت في الجبل أو السلَّم أو نحوه»؛

---

(1) مغني المحتاج: ٣٦٧/٣.

(2) القوانين الفقهية: ص ٢٤٤، البدائع: ٢٣٩/٣، مغني المحتاج: ٣٦٧/٣، ٣٨٢، المغني: ٣٩٢/٧، ٤٢٣.

(3) الاستبراء: طلب براءة الرحم، وله أسباب، منها الزنا أو سوء الظن، ففي الزنا تستبرأ المرأة بثلاث حيضات، وفي سوء الظن إن كانت المستبرأة في سن الحيض: فاستبراؤها بحيضة، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل، وإن كانت صغيرة أو يائسة فتستبرأ عند الشافعي بشهر، وعند المالكية بثلاثة أشهر.

لأن الزنأ في الجبل ونحوه هو الصعود فيه، فإن نوى به القـذف كان قـذفـاً. وهـذا من الألفاظ الصريحة عند الحنفية.

أو بالتعريض، مثل: يا حلال ابن الحلال، وأما أنا فلست بزانٍ، وهو قذف إن نوى به القذف عند الشافعية، وإن أفهم تعريضه القذف بالزنا عند المـالكيـة، وليس بقذف عند الحنفية وفي الظاهر عند الحنابلة.

ويثبت القذف كما هو مبين في حد القذف إما بالبينة، أو الإقرار.

وأما نفي الولد: فهو أن يحضر الرجل عند الحاكم، ويذكر أن هـذا الولـد أو الحمل الموجود ليس مني. وقد اختلف الفقهاء في وقت النفي وفي نفي الحمل:

فقال أبو حنيفة[1]: إذا نفى الرجل ولـد امرأتـه عقيب الولادة، أو في المـدة التي تقبل فيها التهنئة وهي سبعة أيام عادة، أو التي تشترى فيها آلـة الولادة، صح نفيـه، ولاعن به؛ لأنه بالنفي صـار قـاذفـاً. أمـا إن نفـاه بعـدئـذ فلا ينتفي ويثبت نسب الولد، لوجود الاعتراف منـه دلالـة: وهو السكوت وقبول التهنئـة، والسكوت يعتبر هنا رضا. وهذا هو الصحيح عند الحنفية.

وقال الصاحبان: يصح نفي الولد في مدة النفاس؛ لأنه أثر الولادة.

واشترط المالكية[2] شرطين لصحة اللعان ولنفي الولد، وهما كما بينا:

١ً ـ أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجتـه لأمـد يلتحق بـه الولـد، أو أنـه وطئهـا واستبرأها بحيضة واحدة بعد الوطء.

٢ً ـ أن ينفي الولد قبل وضعه؛ فإن سكت ولو يوماً بلا عذر حتى وضعته، حـد

---

(١) فتح القدير: ٢٦٠/٣ وما بعدها، الكتاب مع اللباب: ٧٩/٣.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٤٤، الشرح الصغير: ٦٦٠/٢ ـ ٦٦٣.

ولم يلاعن ، أي أنه يشترط لصحة اللعان التعجيل بعد العلم بالحمل أو الولد ، فلو أخر بلا عذر لم يصح .

وأجاز الشافعية[1] نفي حمل ، وانتظار وضعه ، أما نفي الحمل : فلما ثبت في الصحيحين : «أن هلال بن أمية لاعن عن الحمل» ، وأما انتظار الوضع فلكي يلاعن عن يقين . والنفي لنسب ولد يكون على الفور في الأظهر الجديد ؛ لأنه شرع لدفع ضرر محقق ، فكان على الفور مثل الرد بالعيب وخيار الشفعة ، لكن إن سكت عن النفي لعذر كأن بلغه الخبر ليلاً فأخر حتى يصبح أو كان جائعاً فأكل ، أو عارياً فلبس ، صح تأخيره النفي للعذر .

ولم يجز الحنابلة[2] كالحنفية نفي الحمل قبل الوضع ، ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفي الولد فيه ؛ لأن الحمل غير متيقن ، يجوز أن يكون انتفاخاً أو ريحاً . واشترطوا كالشافعية أن يكون النفي عقب الولادة ، فإذا ولدت المرأة ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه ، لزمه نسبه ، ولم يكن له نفيه بعدئذ .

والحاصل أن للفقهاء رأيين في نفي الحمل : رأي الحنفية والحنابلة بعدم الجواز لاحتمال كونه غير حمل ، ورأي المالكية والشافعية بالجواز ، محتجين بحديث هلال بن أمية وأنه نفى حملها ، فنفاه عنه النبي ﷺ ، وألحقه بالأول ، ولا خفاء بأنه كان حملاً ، لقول النبي : «انظروها ، فإن جاءت به كذا وكذا» ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولأنه يصح استلحاق الحمل ، فكان نفيه كنفي الولد بعد وضعه . قال ابن قدامة : وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث ، وما خالف الحديث لا يعبأ به كائناً ما كان .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٨٠/٣ ، المهذب : ١٢٢/٢ .

(٢) المغني : ٤٢٣/٧ ـ ٤٢٤ .

وشرط اللعان: التعجيل عند الجمهور بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، وأجاز أبو حنيفة اللعان عقب الولادة أو بعدها بسبعة أيام.

المطلب الثاني- مشروعية اللعان:

شرع اللعان بين الزوجين بقوله تعالى: ﴿ والذين يرمون أزواجهم، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسُهم، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله، إنه لمن الصادقين، والخامسةُ أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله، إنه لمن الكاذبين، والخامسةَ أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾ [النور: ٦-٨].

وسبب نزولها: ما رواه البخاري وغيره: «أن هلال بن أمية[1] قذف زوجته عند النبي ﷺ بشَريك بن سَحْماء، فقال له ﷺ: البينة أو حد في ظهرك! فقال: يا نبي الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق، يلتمس البينة، فجعل النبي ﷺ يكرّر ذلك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبياً، إني لصادق، ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزلت الآيات»[2].

فكان أول لعان في الإسلام: ما حدث بين هلال بن أمية وزوجته، وهذا رأي الجمهور، وقد حكى الماوردي عن أكثر العلماء أن قصة هلال أسبق من قصة عويمر. وروى الجماعة إلا الترمذي أن رسول الله ﷺ قال لعويمر العجلاني: «قد نزل فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها، فتلاعنا عند رسول الله ﷺ»[3] وهذا رأي النووي في شرح مسلم أن السبب في نزول آية اللعان: قصة عويمر العجلاني.

وبهذا يختلف حكم الزوجين عن الأجانب في حال القذف، فإن قذف إنسان

---

(١) هو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم، كما جاء في رواية ابن عباس عند أبي داود.

(٢) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي عن ابن عباس (نيل الأوطار: ٢٧٢/٦).

(٣) نيل الأوطار: ٢٦٨/٦.

غيره، أو اتهم رجل امرأة ليست زوجة له بـالزنـا، وكانت عفيفـة، ولم يـأت بـأربعـة يشهدون بصحة اتهامه، فإنه يحد حد القذف وهو ثمانون جلدة، زجراً له ولأمثاله عن ارتكاب هذه المعصية، ودفعاً للعار عن المقذوف.

أما إن اتهم الزوج زوجته بـالزنـا أو نفى نسب ولـدهـا منـه، ولم يـأت بـأربعـة يشهدون على ادعائه، فلا يحد حد القذف، وإنما يشرع في حقه اللعان.

هـذا.. وقـد اتفقت الروايـات في بيـان أسبـاب نزول آيـات اللعـان على أمور ثلاثة[1]:

أولها ـ أن آيات اللعان نزلت بعد آية قذف المحصنات بتراخ عنها وأنها منفصلة عنها.

والثاني ـ أنهم كانوا قبل نزول آيات اللعان يفهمون من قولـه تعـالى: ﴿ والـذين يرمون المحصنات.. ﴾ [النور: ٥] وهي آية القذف: أن حكم من رمى المرأة الأجنبية وحكم من رمى زوجته سواء.

والثالث ـ أن آيات اللعان نزلت تخفيفاً على الزوج وبيانـاً للمخرج مما وقع فيـه مضطراً.

ومقتضى مشروعيـة اللعـان: جـواز الـدعـاء بـاللعن على كاذب معين، كجـواز الدعاء باللعن على الظالم لقوله تعالى: ﴿ ألا لعنة الله على الظالمين ﴾.

المطلب الثالث ـ أركان اللعان وشروطه وشروط المتلاعنين:

ركن اللعان عند الحنفية[2] واحد وهو اللفظ، وهو: شهادات مؤكـدات بـاليمين واللعن من كلا الزوجين.

---

(١) مذكرة آيات الأحكام بالأزهر الشريف: ١٣٥/٣.

(٢) الدر المختار: ٨٠٦/٢.

وقال الجمهور[1] : أركان اللعان أربعة وهي : الملاعن، والملاعنة، وسببه، ولفظه.

شروط اللعان : وأما شروطه فنوعان : شروط وجوب اللعان، وشروط صحة إجراء اللعان.

أولاً ـ شروط وجوب اللعان : هي عند الحنفية ثلاثة[2] :

١ً ـ قيام الزوجية مع امرأة ولو غير مدخول بها، وكذا ولو في أثناء العدة من طلاق رجعي، لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ فلا لعان بين غير الزوجين أو بقذف امرأة أجنبية، فإن قذفها ثم تزوجها فعليه حد القذف ولا يلاعن؛ لأنه وجب في حال كونها أجنبية، ولا لعان بقذف زوجة صارت ميتة؛ لأن الميتة لم تبق زوجة، ولأنه لا يتأتى اللعان منها، ولا لعان بقذف المرأة المبانة، ويحد زوجها الأصلي كالأجنبي. وهذا شرط متفق عليه ماعدا البائن فإنه عند الجمهور يصح اللعان منها، وبه يصح اللعان عند الجمهور من غير زوج في حالتين : البائن لنفي الولد، والموطوءة بنكاح فاسد أو شبهة. ولو ارتد زوج بعد وطء فقذف وأسلم في العدة، لاعن. ولو لاعن ثم أسلم في العدة صح لعانه، لتبين وقوعه في صلب النكاح.

٢ً ـ كون النكاح صحيحاً لا فاسداً : فلا لعان بقذف المنكوحة بنكاح فاسد؛ لأنها أجنبية. وخالفهم بقية الأئمة[3]، فأجازوا اللعان من امرأة نكحها نكاحاً فاسداً لثبوت النسب به، كالزواج بلا ولي أو بدون شهود، ثم قذفها، لكن جواز اللعان في هذه الحالة مقيد بما إذا وجد بينهما ولد يريد الزوج نفيه، فإن لم يكن بينهما ولد، حد الزوج ولا لعان بينهما.

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٤٣.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٨٠٥/٢ وما بعدها، البدائع : ٢٤١/٣، فتح القدير : ٢٥٩/٣، اللباب : ٧٥/٣، ٧٨.

(٣) الشرح الصغير : ٦٥٨/٢، مغني المحتاج : ٣٧٨/٣ وما بعدها، غاية المنتهى : ٢٠١/٣، المغني : ٣٩٨/٧، ٤٠٠.

٣ً - كون الزوج أهلاً للشهادة على المسلم، بأن يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في قذف، فلا لعان بين كافرين ولا من أحدهما عبد أو صبي أو مجنون أو محدود في قذف أو كافر، أو أخرس للشبهة. ويصح بين الأعميين والفاسقين؛ لأنهما أهل لأداء الشهادة، لكن لا تقبل شهادتهما للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التمييز، والحاصل أن الحنفية اشترطوا أهلية الشهادة في الزوج؛ لأن كلمات اللعان شهادات، واشترطوا أيضاً أن تكون الزوجة ممن يحد قاذفها؛ لأن اللعان بدل عن حد القذف في الأجنبية. ولم يشترط الجمهور هذين الشرطين.

لكن اشترط المالكية[1] الإسلام في الزوج فقط لا في الزوجة، فإن الذمية تلاعن لرفع العار عنها، وقالوا: يشترط في المتلاعنين كونهما بالغين عاقلين، سواء أكانا حرين أم مملوكين، عدلين أم فاسقين. ويقع اللعان في حال العصمة اتفاقاً، وفي العدة من الطلاق الرجعي والبائن خلافاً للحنفية، وبعد العدة في نفي الحمل إلى أقصى مدة الحمل. ويقع اللعان من الزوجين في النكاح الصحيح والفاسد.

ولم يشترط الشافعية والحنابلة[2] الإسلام في المتلاعنين، وقالوا: يصح اللعان من كل زوج يصح طلاقه، بأن يكون الزوجان مكلفين أي بالغين عاقلين، سواء أكانا مسلمين أم كافرين أم عدلين أم فاسقين أم محدودين في قذف أم كان أحدهما كذلك. ويصح اللعان أيضاً من الحر والعبد والرشيد والسفيه والسكران ومن الناطق والأخرس والخرساء المعلومي الإشارة عند الشافعية، ومن المطلق رجعياً، ويصح من الزوج للمطلقة بائناً لنفي الولد، وكذا عند الحنابلة إذا لم يكن هناك ولد.

ويصح عندهم لعان الموطوءة بنكاح فاسد أو شبهة كأن ظنها زوجته ثم قذفها، ولاعن لنفي النسب، كما بينا.

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٤٣، بداية المجتهد: ١١٧/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٣٧٨/٣ وما بعدها، المهذب: ١٢٤/٢، المغني: ٣٩٤/٧ - ٤٠٢.

ولا يصح اللعان بالاتفاق من صبي ومجنون، فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما؛ لأن اللعان قول تحصل به الفرقة، ولا يصح من غير مكلف كالطلاق أو اليمين. ولا لعان بين غير الزوجين، فإذا قذف الشخص أجنبية محصنة (عفيفة) حُدّ حد القذف ولم يلاعن.

ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها في أنه يلاعنها بالاتفاق، لقوله تعالى: ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ فإن كانت غير مدخول بها، فلها نصف الصداق؛ لأنها فرقة من جهة الزوج. ويلاعن الأخرس أو معتقل اللسان عند الحنابلة، ولا تلاعن الخرساء عند الحنابلة؛ لأنه لا تعلم مطالبتها، واتفقوا على أنه لا يصح اللعان من الأخرس والخرساء غير معلومي الإشارة والكتابة.

والخلاصة: أن الحنفية اشترطوا في المتلاعنين الإسلام والنطق والحرية والعدالة، وكون اللعان في حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً كالرجعية لا البائنة، وخالفهم الجمهور فيما شرطوه، إلا أن المالكية شرطوا إسلام الزوج فقط، واتفقوا على اشتراط التكليف: البلوغ والعقل. ويصح اللعان من الأخرس عند الجمهور غير الحنفية.

وذكر الحنابلة والشافعية شروطاً ثلاثة للعان هي[1]:

١ً ـ كونه بين زوجين، ولو قبل دخول، كما بينا.

٢ً ـ سبق قذف الزوجة بزنا، ولو في دبر: مثل قوله: زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين. وهذا متفق عليه كما بينا في سبب اللعان. وللرجل قذف زوجته إن علم زناها، أو ظنه ظناً مؤكداً كشيوع زناها بفلان مع قرينة بأن رآهما في خلوة.

٣ً ـ أن تكذبه ويستمر التكذيب إلى انقضاء اللعان فإن صدقته ولو مرة، أو

---

(١) غاية المنتهى: ٢٠١/٣ ـ ٢٠٢، مغني المحتاج: ٣٦٧/٣، ٣٧٣، المهذب: ١١٩/٢، كشاف القناع: ٤٥٦/٥ ـ ٤٦٣.

عفت الزوجة عن الحد أو التعزير، أو سكتت، أو ثبت زناها بأربعة سواه، فلا لعان ويلحقه النسب. وكذا لا لعان عند الحنابلة من الخرساء.

لغة اللعان: يصح اللعان عند الجمهور غير الحنابلة بالعربية وبالعجمية (هي ماعدا العربية من اللغات)؛ لأن اللعان يمين أو شهادة، وهما في اللغات سواء، ويراعي الأعجمي الملاعن ترجمة الشهادة واللعن والغضب[1].

وقال الحنابلة[2]: إذا كان الزوجان يعرفان العربية، لم يجز أن يلتعنا بغيرها؛ لأن اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية.

ثانياً- شروط صحة إجراء اللعان في ذاته:

ذكر الحنابلة شروطاً ستة في إجراء اللعان، بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه، وهي ما يأتي[3]:

١ً- أن يكون بحضور القاضي أو نائبه، وهذا متفق عليه؛ لأن النبي ﷺ «أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ولاعن بينهما»؛ ولأنه يمين في دعوى، فلم يصح إلا بأمر الحاكم كاليمين في سائر الدعاوى. وهذا يتطلب رفع الأمر إلى الحاكم من أحد الزوجين، فإن تراضى الزوجان بغير الحاكم بإجراء اللعان بينهما لم يصح ذلك؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد، فلم يجز بغير الحاكم كالحد.

٢ً- أن يكون بعد طلب القاضي: بأن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه، فإن بادر به قبل أن يلقيه القاضي عليه، لم يصح، كما لو حلف قبل أن يحلفه القاضي. وهذا متفق عليه أيضاً.

---

(١) مغني المحتاج: ٣٧٦/٣، المهذب: ١٢٤/٢.

(٢) المغني: ٤٣٨/٧.

(٣) المغني: ٤٣٤/٧ ـ ٤٣٨، المهذب: ١٢٥/٢ ـ ١٢٦، مغني المحتاج: ٣٧٦/٣ ـ ٣٧٨، الشرح الصغير: ٦٥٨/٢، ٦٦٣ ـ ٦٦٥، الدر المختار: ٨٠٧/٢ وما بعدها، البدائع: ٢٣٧/٣.

٣ً ـ استكمال لفظات اللعان الخمسة : فإن نقص منها لفظة ، لم يصح . وهذا متفق عليه .

٤ً ـ أن يأتي كل من الزوجين بصورة اللعان ، كما حددها القرآن . واختلف الفقهاء في إبدال لفظة بمعناها ، كأن يبدل بقوله : ﴿ إني لمن الصادقين ﴾ قوله : ﴿ لقد زنت ﴾ ، أو يقول بدل ﴿ إنه لمن الكاذبين ﴾ : لقد كذب ، والظاهر عند الحنابلة أنه يجوز هذا الإبدال ؛ لأن معناهما واحد .

أما إن أبدل بلفظة « أشهد » لفظاً من ألفاظ اليمين ، فقال : أحلف أو أقسم أو أولي ، فلا يعتد به عند الشافعية والحنابلة على الصحيح ؛ لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة ، لم يقم غيره مقامه ، كالشهادات في الحقوق ، ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ ، واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ ، فلم يجز تركه ، ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام : أشهد . والظاهر أن هذا رأي المالكية والحنفية أيضاً .

٥ً ـ الترتيب بين ألفاظ اللعان ، وأن يبدأ الرجل بالحلف على المرأة ، ثم تحلف المرأة ، فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة ، أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل ، لم يعتد به . وهذا متفق عليه ؛ لأن اللعان على رأي الحنفية شهادة ، والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج ، فلا يصح قبل وجود شهادته .

٦ً ـ الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً ، وتسميته ونسبته إن كان غائباً . وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، ولا يشترط عند الشافعية والحنابلة : حضور الزوجين معاً ، بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه جاز ، كأن يلاعن الرجل في المسجد ، والمرأة على باب المسجد ، لعدم إمكان دخولها .

هذا وقد اشترط المالكية حضور جماعة للعان ، أقلها أربعة عدول . وقال الشافعية والحنابلة : يستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين ؛ لأن ابن عباس وابن

عمر وسهل بن سعد حضروه على حداثة منهم، فدل على أنه حضره جمع كثير من الناس؛ لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال، ولأن اللعان بني على التغليظ، مبالغة في الردع به والزجر، وفعله في الجماعة أبلغ في الردع. ويستحب ألا ينقصوا عن أربعة؛ لأن بينة الزنا الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة.

واشترط المالكية أيضاً لصحة اللعان: عدم وطء الزوجة مطلقاً بعد رؤيتها تزني، أو بعد علمه بحمل من غيره، أو وضع، فإن وطئ المرأة الملاعنة بعد علمه بحمل من غيره أو وضع، أو رؤية لها تزني، امتنع اللعان لها ولا يمكّن منه.

واشترطوا أيضاً تعجيل اللعان بعد علمه بالحمل أو الولد: فإن أخر لعانها ولو يوماً بلا عذر بعد علمه بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، امتنع لعانه لها ولا يمكّن منه أيضاً.

واشترطوا أيضاً لفظ «أشهد» في الأربع مرات منه أو منها، واللعن منه في الخامسة، والغضب منها في الخامسة، كما ورد في النص القرآني في أيمان اللعان.

ويلاعن الزوج إن رأى زوجته يقيناً تزني، والرؤية من البصير كرؤية المِرْود في المكحلة، وأما الأعمى فيعتمد على حِس أو جَسّ أو إخبار يفيده المطلوب ولو من امرأة.

شروط نفي الولد:

اشترط الحنفية[1] ستة شروط لنفي الولد وعدم لحوق النسب وهي ما يأتي:

١ً- حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين: لأن الزواج قبل التفريق قائم، فلا يجب النفي.

---

(١) البدائع: ٢٤٦/٣ - ٢٤٨، حاشية ابن عابدين: ٨١١/٢، اللباب: ٧٩/٣.

٢ً ـ أن يكون نفي الولد في رأي أبي حنيفة بعد الولادة مباشرة أو بعدهـا بيوم أو يومين أو نحوهما إلى سبعة أيام مدة التهنئة بالمولود عادة ، فإن نفاه بعدئذ لا ينتفي .

وقال الصاحبان : يتقدر نفي الولد بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوماً .

وشرط الجمهور الفور في النفي ، فإن أخر بلا عذر ، لم يصح النفي ، كما قدمنا .

٣ً ـ ألا يتقدم منه إقرار بالولد ولو دلالـة أو ضمنـاً ، كقبولـه التهنئـة بـالمولود مع عدم الرد .

٤ً ـ توافر حياة الولـد وقت التفريق القضـائي ، أي أن يكون الولـد حيـاً وقت التفريق .

٥ً ـ ألا تلد بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد : فلو ولدت المرأة ولداً ، فنفـاه عنـه ، ولاعن الحـاكم بينهما ، وفرق ، وألزم الـولـد أمـه ، أو لـزمهـا بنفس التفريـق ، ثم ولدت ولداً آخر من الغد ، لزمـه الولـدان جميعـاً ، لثبوت نسب الولـد الثـاني الـذي لم يشمله اللعان ؛ لأن حكم اللعان قد بطل بالفرقة ، فيثبت نسب الولد الثـاني ، ثم يثبت نسب الولد الأول .

٦ً ـ ألا يكون محكوماً بثبوت نسب الولد شرعاً : كأن ولدت المرأة ولداً ، فـانقلب على رضيع ، فمات الرضيع ، وقضي بـديتـه على عـاقلـة (عصبـة) الأب ، ثم نفى الأب نسبه ، فيلاعن القاضي بينهما ، ولا يقطع نسب الولد ؛ لأن القضاء بالديـة على عـاقلـة قضاء بكون الولد منه ، ولا ينقطع النسب بعده .

وقد سبق بيان شروط نفي الحمل عند المالكية[1] وهي :

١ً ـ أن يدعي أنه لم يطـأ الزوجـة أصلاً بعـد العقـد ، أو لأمـد يلحق بـه ، أو أنـه

---

(١) الشرح الصغير : ٢/٦٦٠ ـ ٦٦٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٤ .

وطئها ولكنه استبرأها بحيضة واحـدة : فـإن لم يطـأهـا أصلاً بعـد العقـد ، أو وطئهـا وأتت بالولد بعد الوطء في مدة لا يلتحق الولد فيها بالزوج ، إما لقصر المـدة كأن تلـد ولداً كاملاً بعد شهر أو شهرين أو خمسة بعـد الـدخول أو الوطء ؛ لأن أقل الحمل شرعـاً سـتـة أشهر ، وإمـا لطول المـدة كخمس سنين ؛ لأن أقصى مـدة الحمل أربـع سنين بعـد الوطء ، ففي هاتين الحالتين يعتمد على ذلـك ، ويعلم أن الولـد ليس من الزوج قطعـاً ويلاعن لنفيه .

وكذلك يلاعن لنفي الولد لو وطئها واستبرأها بحيضـة واحـدة بعـد الوطء ، ثم أتت بولد بعد ستة أشهر من يوم الاستبراء بالحيضة ، إذ هو ليس منه قطعاً .

٢ ـ أن ينفي الولد قبل وضعه : فإن سكت ولو يوماً بلا عذر حتى وضعته ، حـدّ الزوج ولم يلاعن .

أما الشافعية[١] فأجازوا نفي الولد أثناء الحمل أو بعد الولادة مبـاشرة ، فـإن أخر بلا عذر أو قبل التهنئـة بـالمولود ، سقـط حقـه في النفي ؛ لأن التـأخر يتضمن الإقرار به . فإن ادعى أنه لم يعلم بـالولادة ، فـإن كان في موضع قريب منهـا كـدار أو محلـة لم يقبل قولـه ؛ لأنـه يـدعي خلاف الظـاهر ، وإن كان في موضع يجـوز أن يخفى عليـه كالبلد الكبير ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن ما يدعيه ظاهر .

وقـالوا : لا يصـح نفي أحـد تـوأمين ، فـإن أتت المرأة بـولـدين تـوأمين ، فنفى أحدهما وأقر بالآخر ، أو ترك نفيـه من غير عـذر ، لحقـه الولـدان ؛ لأنهما حمل واحـد ؛ لأن الله تعـالى لم يجر العـادة بـأن يجتمع في الرحم ولـدان من مـاء رجلين ، فـإذا اشتمل الرحم على المني ، انسـد فمـه ، فلا يتـأتى منـه قبول مني آخر ، فلا يجوز أن يلحق أحـد الولدين دون الآخر .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٧٣/٣ ، ٣٨١ ، ٣٨٣ ، المهذب : ١٢٢/٢ ـ ١٢٣ .

ويلزم الزوج نفي ولد أتت به زوجته وعلم أنه ليس منه، بأن يطأها أو ولدته لدون ستة أشهر من الدخول، أو فوق أربع سنين فلو ولدته فيما بين ستة أشهر من الدخول وأربع سنين منه، ولم يستبرئها بعد الدخول بحيضة، حرم نفي الولد باللعان رعاية للزوجية[1]، وإن ولدته بعد ستة أشهر من الاستبراء بحيضة، ولستة أشهر فأكثر من الزنا، حل نفي الولد باللعان في الأصح، ولكن الأولى ألا ينفيه؛ لأن الحامل قد ترى الدم.

وقال الحنابلة[2]: يشترط لنفي الولد باللعان ما يأتي:

١ً - ألا يتقدمه إقرار به، أو بتوأمه، أو ما يدل عليه، كما لو نفى أحد التوأمين وسكت عن الآخر. وهذا موافق للشافعية.

٢ً - أن يعجل نفي الولد بعد الولادة: فإن هنئ به فسكت أو أمن على الدعاء، أو أخر نفيه مع إمكانه، رجاء موته، بلا عذر، نحو جوع وعطش ونوم، سقط حقه في النفي.

فإن قال: لم أعلم بالولد، أو أخر النفي لعذر كحبس ومرض وغيبة وحفظ مال، لم يسقط نفيه. وهذا موافق للشافعية أيضاً.

٣ً - أن يذكر نفي الولد في لعان كل من الزوجين؛ لأنهما متحالفان على شيء فاشترط ذكره في تحالفهما كالمختلفين في اليمين، فإن لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عن الزوج.

ويكفي عند الشافعية ذكر الولد في لعان الرجل، ولا تحتاج المرأة إلى ذكره؛ لأنها لا تنفيه.

---

(١) لما رواه أبو داود والنسائي وغيرهما عن أبي هريرة أنه ﷺ قال: «أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه يوم القيامة، وفضحه على رؤوس الخلائق».

(٢) المغني: ٤١٦/٧ - ٤١٧، ٤٣٩، غاية المنتهى: ٣٠٤/٣.

وذكر الولد في ظاهر كلام الخرقي وهو الراجح لدى الحنابلة : أن يقول الزوج : « وما هذا الولد ولدي » وتقول المرأة : « وهذا الولد ولده » . وقال القاضي أبو يعلى والشافعية : يشترط أن يقول الزوج : « هذا الولد من زنا ، وليس هو مني » ؛ لأنه قد يريد بقوله : « ليس هو مني » يعني خُلقاً وخَلْقاً ، فكان لا بد من ذكره للتأكيد .

٤ً ـ أن يوجد اللعان من كلا الزوجين . وهذا قول أكثر العلماء . وقال الشافعي : ينتفي الولد بلعان الزوج وحده ؛ لأن نفي الولد إنما كان بيمينه والتعانه ، لا بيمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه ، وإنما لعانها لدرء الحد عنها . ورد الجمهور بأن النبي ﷺ إنما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما .

٥ً ـ أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً .

٦ً ـ أن يبدأ بلعان الزوج قبل لعان المرأة ، وقال المالكية والحنفية : إن فعل العكس أخطأ السنة ، والفرقة جائزة ، وينتفي الولد عنه .

المطلب الرابع ـ كيفية اللعان ودور القاضي فيه :

كيفية اللعان أو صفته أو ألفاظه : اتفق الفقهاء[1] على كيفية اللعان أو صفته (أي ماهيته) على النحو التالي :

إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها منه ، ولم تكن له بينة ، ولم تصدقه الزوجة ، وطلبت إقامة حد القذف عليه ، أمره القاضي باللعان ، بأن يبتدئ القاضي بالزوج فيقول أمامه أربع مرات : « أشهد بالله ، إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو نفي الولد » بأن يحدد المقصود بالإشارة إليها إن كانت حاضرة ، أو

---

(١) اللباب : ٧٦/٣ ، رد المحتار : ٨١٠/٢ ، الشرح الصغير : ٦٦٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٤ ، بداية المجتهد : ١١٨/٢ ، مغني المحتاج : ٣٧٤/٣ وما بعدها ، المهذب : ١٢٦/٢ ، غاية المنتهى : ١٩٩/٣ ، المغني : ٤٣٦/٧ .

بالتسمية بأن يقول : « فيما رميت به فلانة زوجتي من الزنا » ، ثم يقول في الخامسة : « لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد » ويشير الزوج إليها في جميع ما ذكر.

ثم تقول المرأة أربع مرات أيضاً : « أشهد بالله ، إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد » وتقول في الخامسة : « أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد » وإنما خص الغضب وهو أشد من اللعن[1] في جانب المرأة ؛ لأن النساء يتجاسرن باللعن ، فإنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً ، كما ورد في الحديث ، فاختير الغضب لتتقي ولا تقدم عليه ، ولأن جريمتها وهي الزنا أعظم من جريمة الرجل وهي القذف. وإنما وجب البدء بالرجل في اللعان ؛ لأنه المدعي ، وفي الدعاوى يبدأ بالمدعي.

ودليل هذه الكيفية قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسةُ أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسةَ أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾ .

وثبت في السنة النبوية الصحيحة تأكيد هذه الكيفية بأحاديث ، منها حديث ابن عمر : قال : يا رسول الله ، أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة ، كيف يصنع ؟ إن تكلم ، تكلم بأمر عظيم ، وإن سكت سكت على مثل ذلك ، قال : فسكت النبي ﷺ فلم يُجبْه ، فلما كان بعد ذلك ، أتاه ، فقال : إن الذي سألتك عنه ابتليتُ به ، فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات في سورة النور : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ فتلاهن عليه ، ووعظه وذكره ، وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ،

---

(١) الغضب : هو السخط وإنزال العذاب بالمغضوب عليه . وأما اللعن فهو الطرد من الرحمة ، ولا يلزم منه التعذيب .

فقال : لا والذي بعثك بالحق ، ما كذبتُ عليها ، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فقالت : لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب .

فبدأ بالرجل ، فشهد أربع شهادات بالله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم ثنى بالمرأة ، فشهدت أربع شهادات بالله ، إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين . ثم فرق بينهما[(١)] .

وبداءة الزوج باللعان هو رأي الجمهور ، وقال أبو حنيفة : يجزئ أن تبدأ المرأة باللعان ، وقال الكاساني في البدائع : ينبغي أن تعيد ، لأن اللعان شهادة المرأة ، وشهادتها تقدح في شهادة الزوج ، فلا تصح إلا بعد وجود شهادته .

مندوبات اللعان ودور القاضي فيه : يسن للقاضي ما يأتي[(٢)] :

١ً ـ أن يوعظ المتلاعنين قبل اللعان ، ويخوفهما بعذاب الله في الآخرة ، كما فعل النبي ﷺ مع ابن عمر وزوجته في الحديث السابق ، وقال عليه السلام لهلال : «اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة» ويقرأ عليهما : ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً﴾ الآية ، ويقول لهما : قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين : «حسابكما على الله ، يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما من تاب» .

٢ً ـ لا يحكم القاضي في اللعان حتى يثبت عنده نكاح الزوجين .

٣ً ـ أن يتلاعن الزوجان قائمين ، ليراهما الناس ، ويشتهر أمرهما ، فيقوم الرجل عند لعانه ، والمرأة جالسة ، ثم تقوم عند لعانها ، ويقعد الرجل ، ويتكلم المتلاعنان بألفاظ اللعان ، وهي أربع شهادات .

---

(١) حديث متفق عليه بين أحمد والبخاري ومسلم عن سعيد بن جبير عن ابن عمر (نيل الأوطار : ٢٦٧/٦) .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ ، الشرح الصغير : ٦٦٥/٢ ـ ٦٦٧ ، مغني المحتاج : ٣٧٦/٣ ـ ٣٧٨ ، المغني : ٤٣٤/٧ ـ ٤٣٧ ، غاية المنتهى : ٢٠٠/٣ ، كشاف القناع : ٤٥٤/٥ ـ ٤٥٥ .

٤ً ـ أن يحضر جماعة من المسلمين اللعان، وأقلها أربعة عدول، وأوجبه المالكية.

٥ً ـ أن يغلظ اللعان في الزمان والمكان في رأي المالكية والشافعية، والحنابلة على الراجح، بأن يكون بعد صلاة، لما فيه من الردع والرهبة، أو بعد صلاة العصر؛ لأنها الصلاة الوسطى على الراجح، أو بعد صلاة عصر الجمعة؛ لأن ساعة الإجابة فيه، كما رواه أبو داود والنسائي وصححه[1]، ولأن اليمين الفاجرة بعد العصر أغلظ عقوبة، لقوله ﷺ: «ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم، وعدَّ منهم رجلاً حلف يميناً كاذبة بعد العصر، يقتطع بها مال امرئ مسلم»[2].

وبأن يكون لعان المسلم في المسجد؛ لأنه أشرف الأماكن، وأوجبه المالكية فيه؛ لأن فيه تأثيراً في الزجر عن اليمين الفاجرة.

وأشرف الأماكن هو في مكة: بين الركن الذي فيه الحجر الأسود وبين مقام إبراهيم ﷺ، ويسمى ما بينهما بالحطيم، وفي المدينة: عند المنبر مما يلي القبر الشريف، لقوله ﷺ: «من حلف على منبري هذا يميناً آثمة، تبوأ مقعده من النار»[3] وقوله: «لا يحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة يميناً آثمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار»[4].

واللعان في بيت المقدس في المسجد عند الصخرة المشرفة؛ لأنه أشرف بقاعه؛ لأنها قبلة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وفي ابن حبان «أنها من الجنة».

واللعان في غير المساجد الثلاثة يكون عند منبر الجامع؛ لأنه المعظم منه.

وتلاعن امرأة حائض أو نفساء أو متحيرة مسلمة عند باب المسجد الجامع.

---

(١) وروى مسلم: «أنها من مجلس الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة» وصوبه النووي.

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن أبي هريرة.

(٣) رواه النسائي، وصححه ابن حبان.

(٤) رواه ابن ماجه، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

ويلاعن ذمي أو كتابي في بيعة (وهي معبد النصارى) وفي كنيسة (وهي معبد اليهود)[1] ؛ لأن معابدهم كالمساجد عندنا ، ويلاعن مجوسي في بيت نار ، لأنهم يعظمونه ، والمقصود الزجر عن الكذب ، فيحضره القاضي رعاية لاعتقادهم لشبهة الكتاب التي يدعونها . ولا يلاعن في بيت أصنام وثني ؛ لأنه لا حرمة له ، واعتقادهم فيه غير شرعي .

ولا يغلظ اللعان في رأي القاضي أبي يعلى من الحنابلة ، والحنفية بمكان ولا زمان ؛ لأن الله تعالى أطلق الأمر به ، ولم يقيده بزمن ولا مكان ، فلا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولأن النبي ﷺ أمر الرجل بإحضار امرأته ، ولم يخصه بزمن ، ولو خصه به لنقل ولم يهمل .

المطلب الخامس ـ ما يجب عند نكول أحد الزوجين عن اللعان أو رجوعه عنه :

قد يمتنع أحد الزوجين عن اللعان بعد طلبه من القاضي ، وقد يرجع عنه ويُكذب نفسه ، فماذا يفعل القاضي ؟

أما في حال نكول أحد الزوجين عن اللعان بعد طلبه منه ، فقد اختلف الفقهاء في الحكم على رأيين[2] :

أ ـ ذهب الحنفية : إلى أنه إن امتنع الزوج عن اللعان حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه ، فيحد حد القذف . وإن امتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه عليها ، فإن صدقته خلي سبيلها من غير حد ؛ لأن قوله : ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ أي الحبس عندهم وعند الحنابلة .

---

(١) وتسمى البيعة أيضاً كنيسة ، بل هو العرف اليوم .

(٢) الدر المختار : ٨٠٨/٢ ، اللباب : ٧٥/٣ ، البدائع : ٢٣٨/٣ ، بداية المجتهد : ١١٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ ، مغني المحتاج : ٣٧١/٣ ، ٣٨٢ ، المهذب : ١١٩/٢ ، المغني : ٣٩٢/٧ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، غاية المنتهى : ٢٠٢/٣ ، كشاف القناع : ٤٦٣/٥ .

ب ـ وذهب الجمهور غير الحنفية : إلى أنه إن امتنع الزوج عن اللعان أو امتنعت الزوجة حد حد الزنا ؛ لأن اللعان بدل عن حد الزنا ، لقوله تعالى : ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ أي العذاب الدنيوي وهو الحد عندهم ، فلا يندرئ الحد عن الزوجة مثلاً إلا بلعانها .

إلا أن الحنابلة وافقوا الحنفية فيما إذا امتنعت الزوجة عن اللعان أخذاً بمدلول الآية السابقة : ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ فإن لم تلاعن وجب ألا يدرأ عنها العذاب ، فتحبس حتى تقر بالزنا أربع مرات، أو تلاعن .

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في حال امتناع الزوج عن اللعان : هو اختلافهم في الموجَب الأصلي لقذف الزوجة ، أهو اللعان أم الحد ؟ قرر الحنفية بأن الموجب الأصلي هو اللعان ، واللعان واجب ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ أي فليشهد أحدهم أربع شهادات بالله ، فإنه تعالى جعل موجب قذف الزوجات هو اللعان ، فمن أوجب الحد فقد خالف النص ، فصارت آية حد القذف بالنسبة للزوجات منسوخة في حق الأزواج ، وأصبح الواجب بقذف الزوجة هو اللعان ، فإذا امتنع عنه حبس حتى يلاعن ، كالمدين إذا امتنع عن إيفاء دينه ، فإنه يحبس حتى يوفي ما عليه .

وقرر الجمهور: أن الموجب الأصلي هو حد القذف ، واللعان مسقط له ، لعموم قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ، فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ فإنه عام في الأجنبي والزوج ، ويجب الحد على كل قاذف ، سواء أكان زوجاً أم غيره ، ثم جعل الالتعان للزوج مقام الشهود الأربعة الذين يثبت بشهادتهم الزنا ، فوجب عليه إذا امتنع عن اللعان الموجب الأصلي وهو حد القذف .

ولأن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية لما قذف زوجته بالزنا : « البينة أو حد في ظهرك » .

ورأي الجمهور أرجح لقوة أدلتهم من القرآن والسنة. وبناء عليه إذا قذف الزوج زوجته المحصنة (العفيفة)، وجب عليه حد القذف، وحكم بفسقه، ورد شهادته، إلا أن يأتي ببينة أو يلاعن، فإن لم يأت بأربعة شهداء، أو امتنع عن اللعان، لزمه ذلك كله.

وقد يجب على الزوج في حال امتناعه عن اللعان التعزير فقط، كما في حال قذف غير المحصنة كالمرأة الكتابية، والأمَة، والمجنونة، والطفلة، فإنه يجب عليه التعزير به، لإلحاقه العار بها بالقذف، ولا يحد لهن حداً كاملاً لنقصانهن بما ذكر، ولا يتعلق به فسق، ولا رد شهادة؛ لأن القذف لهؤلاء لا يوجب الحد. وله أن يلاعن لدرء التعزير عنه؛ لأنه تعزير قذف.

وبه تكون القاعدة: كل موضع لا لعان فيه، فالنسب لاحق بالزوج، ويجب بالقذف موجبه من الحد أو التعزير، إلا أن يكون القاذف صغيراً أو مجنوناً، فلا تعزير أو ضرب فيه، ولا لعان بالاتفاق.

رجوع الزوج عن اللعان: وأما إذا أكذب الزوج نفسه بعد اللعان، فاتفق أئمة المذاهب الأربعة[1] على أنه يحد حد القذف، ويكون للزوجة الحق في مطالبة القاضي بالحد، سواء كذَّب نفسه قبل لعانها أو بعده؛ لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج، فإذا أكذب نفسه، بأن قال: كذبتُ عليها، فقد زاد في هتك حرمتها، وكرر قذفها، فلا أقل من أن يجب عليه الحد الذي كان واجباً بالقذف المجرد.

فإن عاد عن إكذاب نفسه، وقال: لي بينة أقيمها بزناها أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان، لم يسمع منه؛ لأن البينة واللعان لتحقيق ماقاله، وقد أقر بكذب نفسه، فلا يسمع منه خلافه.

---

(١) الدر المختار: ٨١٢/٢، الكتاب مع اللباب: ٧٥/٣، بداية المجتهد: ١٢٠/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٤٥، مغني المحتاج: ٣٨٠/٣، غاية المنتهى: ٢٠٢/٣، ٢٠٤، كشاف القناع: ٤٦٨/٥.

وهذا كله فيما إذا كانت المقذوفة محصنة (عفيفة)، فإن كانت غير محصنة، فعليه التعزير.

وإن أكذب الملاعن نفسه قبل لعان المرأة، حد حد القذف، وبقيت الزوجية، فتبقى له زوجة، لكن لا تبقى زوجة بعد لعانها.

ومتى أكذب نافي الولد نفسه بعد نفيه الولد، وبعد اللعان، لحقه نسب الولد، حياً كان الولد، أو ميتاً، غنياً كان الولد أو فقيراً؛ لأن اللعان يمين أو شهادة (بيّنة)، فإذا أقر بما يخالفها أخذ بإقراره، وسقط حكم اللعان، ثم إن النسب يحتاط لثبوته قدر الإمكان، ويتم التوارث بين الأب والولد؛ لأن الإرث تابع للنسب، وقد ثبت فتبعه الإرث.

المطلب السادس ـ هل اللعان شهادات أم أيمان؟

بينا في بحث شروط المتلاعنين أن الحنفية قالوا: إنما يجوز اللعان لمن كان من أهل الشهادة، فلا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين، وتشترط في المتلاعنين: الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد في القذف.

وقال الجمهور: يصح اللعان من كل زوجين مكلفين، سواء أكانا مسلمين أم كافرين أم عدلين أم فاسقين أم محدودين في قذف أم كان أحدهما بتلك الصفة.

ومنشأ الخلاف هو: هل اللعان شهادات أم أيمان؟

رأى الحنفية[1]: أن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن وبالغضب، وإنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام حد الزنا. ودليلهم آية اللعان: ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم،

---

(١) البدائع: ٢٤١/٣ وما بعدها، اللباب: ٧٥/٣، ٧٨.

فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ فقد سمى الأزواج شهداء، وسمى اللعان شهادة في النص: ﴿فشهادة أحدهم﴾ وجعل عددها كعدد شهادات الزنا. وإذا كان اللعان شهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة على المسلم.

وقال الجمهور[1]: سميت ألفاظ اللعان شهادات، وهي في الحقيقة أيمان، واللعان يمين، وإن كان يسمى شهادة، لقوله ﷺ في قصة لعان هلال بن أمية: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[2]، ولأنه لا بد في اللعان من ذكر اسم الله تعالى وذكر جواب القسم، ولو كان شهادة لما احتاج إليه، ولأنه يستوي فيه الرجل والمرأة، ولو كان شهادة لكانت المرأة على النصف من الرجل فيه، ولأنه يجب تكراره أربعاً، والمعهود في الشهادة عدم التكرار، أما اليمين فتتكرر كما في أيمان القسامة، ولأن اللعان يكون من الطرفين، والشهادة لا تكون إلا من طرف واحد وهو المدعي.

أما تسمية اللعان شهادة، فلقول الملاعن في يمينه: «أشهد بالله» فسمي اللعان شهادة وإن كان يميناً، فقد يعبر عن الشهادة باليمين كما في قوله تعالى: ﴿إذا جاءك المنافقون قالوا: نشهد﴾ ثم قال: ﴿اتخذوا أيمانهم جُنَّة﴾ وأجمعوا على جواز لعان الأعمى، ولو كان شهادة لما جاز لعانه.

وإذا كان اللعان يميناً، فلا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة، وتفرع عن الخلاف اختلافهم في الأخرس، فقال الجمهور: يلاعن الأخرس إذا فهم عنه. وقال الحنفية: لا يلاعن؛ لأنه ليس من أهل الشهادة.

والراجح لدي رأي الجمهور لقوة أدلتهم من السنة والمعقول، ولأن اللعان شرع للحاجة، والحاجة تتسع لأناس ولو لم يكونوا أهلاً للشهادة. وهذا هو أيضاً رأي العترة (آل البيت).

---

(١) بداية المجتهد: ١١٨/٢، مغني المحتاج: ٣٧٤/٣، المغني: ٣٩٢/٧ وما بعدها.

(٢) رواه أحمد وأبو داود عن ابن عباس (نيل الأوطار: ٢٧٤/٦).

المطلب السابع ـ آثار اللعان :

يترتب على اللعان بين الزوجين أمام القاضي الآثار التالية[1] :

١ً ـ سقوط حد القذف أو التعزير عن الزوج ، وسقوط حد الزنا عن الزوجة . فإن لم يلاعن الرجل وجب عليه عند غير الحنفية حد القذف إن كانت الزوجة الملاعنة محصنة ، والتعزير إن كانت غير محصنة ، وإن لم تلاعن المرأة وجب عليها عند الشافعية والمالكية حد الزنا من جلد البكر ورجم المحصنة (المتزوجة) .

٢ً ـ تحريم الوطء والاستمتاع بعد التلاعن من كلا الزوجين ، ولو قبل تفريق القاضي ، لحديث : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً »[2] .

٣ً ـ وجوب التفريق بينهما : لا تتم الفرقة عند الحنفية إلا بتفريق القاضي ، لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية : « ففرَّق النبي ﷺ بينهما »[3] وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله ، فلو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر ، ولو طلقها الزوج وقع طلاقه .

وقال المالكية ، والحنابلة في الراجح من الروايتين عن أحمد : تقع الفرقة باللعان دون حكم حاكم ؛ لأن سبب الفرقة وهو اللعان قد وجد ، فتقع الفرقة به من غير حاجة إلى تفريق القاضي ، ولقول عمر رضي الله عنه : « المتلاعنان يفرق بينهما ، ولا يجتمعان أبداً » .

وقال الشافعي رحمه الله : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده ، وإن لم تلاعن

---

(١) البدائع : ٢٤٤/٣ ـ ٢٤٨ ، فتح القدير : ٢٥٣/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٨٠٦/٢ وما بعدها ، اللباب : ٧٧/٣ ـ ٧٨ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٤ وما بعدها ، بداية المجتهد : ١٢٠/٢ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٦٦٨/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣٧٦/٣ ، ٣٨٠ ، المهذب : ١٢٧/٢ ، المغني : ٤١٠/٧ ـ ٤١٦ ، غاية المنتهى : ٢٠٣/٣ .

(٢) رواه الدارقطني عن ابن عباس ، ورواه أبو داود عن سهل بن سعد (نيل الأوطار : ٢٧١/٦) .

(٣) رواه أحمد وأبو داود (نيل الأوطار : ٢٧٤/٦ .

المرأة؛ لأنها فرقة حاصلة بالقول، فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق. قال ابن قدامة في المغني: ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا القول.

٤ً- هذه الفرقة طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنها بتفريق القاضي كما في التفريق بسبب العنة، وكل فرقة من القاضي تكون طلاقاً بائناً، لكن لا تعود المرأة إلى الزوجية إلا في حالتين:

أ- أن يكذب الرجل نفسه، ولو دلالة كأن مات الولد المنفي، فادعى الزوج نسبه؛ لأن هذا يعتبر رجوعاً عن الشهادة، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها، ويحد حينئذ حد القذف، ويثبت نسب الولد منه إن كان. وكذلك تعود المرأة إلى الزوجية إن صدقته المرأة.

ب- أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة؛ إذ به ينتفي سبب التفريق، فلو زنت المرأة أو قذفت غيرها، فحدت، جاز لزوجها أن يتزوجها، لانتفاء أهلية اللعان من جانبها.

وإذا كان الطلاق بائناً وجب للمرأة النفقة والسكنى في عدتها، ويثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كانت معتدة، وإن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر.

وقال الجمهور وأبو يوسف: فرقة اللعان فسخ كفرقة الرضاع، وتوجب تحريماً مؤبداً، فلا يعود المتلاعنان إلى الزوجية بعدها أبداً؛ لقوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»، ولأن اللعان ليس طلاقاً، فكان فسخاً كسائر ما ينفسخ به الزواج، ولأن اللعان قد وجب وهو سبب التفريق، وأما تكذيب الرجل نفسه أو خروج أحد المتلاعنين عن أهلية الشهادة، فلا ينفي وجود سبب التفريق، بل هو باق، فيبقى حكمه.

ورأى الشافعي: أن الفرقة تحصل بلعان الزوج، وإن لم تلاعن الزوجة. فإن

كان كاذباً، أو أكذب نفسه، فلا يفيده ذلك عود النكاح، ولا رفع تأبيد الحرمة؛ لأنها حق له وقد بطلا باللعان، فلا يتمكن من عودهما، بخلاف الحد ولحوق النسب، فإنهما يعودان لأنهما حق عليه.

٥ ـ انتفاء نسب الولد عن الرجل، وإلحاقه بأمه إذا كان اللعان لنفي النسب. ويترتب على نفي النسب عدم التوارث، وعدم إلزام النفقة، سواء نفقة الآباء على الأبناء أو نفقة الأبناء على الآباء.

وتظل بعض الأحكام بالنسبة للولد: وهي عدم جواز شهادة الولد لأصله الملاعن أو الأصل لفرعه، وعدم القصاص من الرجل بقتل الولد المنفي، وعدم صحة إلحاق نسب الولد المنفي بالغير، لاحتمال أن يكذب الرجل نفسه فيعود نسبه منه، وبقاء المحرمية، فلا يجوز أن يزوج الرجل بنته لمن نفى نسبه منه؛ لأنه يحتمل كونه ابناً له.

المطلب الثامن ـ ما يسقط اللعان بعد وجوبه وما يبطل به حكم اللعان قبل التفريق:

أولاً ـ ما يسقط اللعان بعد وجوبه: قرر الحنفية[1]: أن اللعان يسقط بما يأتي:

١ ـ طروء عدم أهلية اللعان أو ما يمنع وجوب اللعان من أصله: كل ما يمنع وجوب اللعان إذا طرأ بعد وجوبه يسقط، مثل الجنون أو الردة، أو الخرس، أو قذف إنسان آخر فحد حد القذف، أو وطء المرأة وطئاً حراماً كالزنا والوطء بشبهة. ففي هذه الحالات لا يجب الحد، وإذا وجب سقط بهذه العوارض لانتفاء أهلية اللعان؛ لأن اللعان شهادة، ولا بد من بقاء صفة الشهادة إلى إصدار الحكم.

---

(١) البدائع: ٢٤٣/٣ وما بعدها، الدر المختار: ٨٠٩/٢.

٢ً ـ البينونة بالطلاق أو الفسخ أو الموت : فإذا طلق الزوج امرأته بعد القذف، أو فسخ الزواج بسبب فاسخ، أو مات أحد الزوجين، سقط اللعان والحد، أما سقوط اللعان فلزوال الزوجية، وقيام الزوجية شرط إجراء اللعان كما بينا، وأما عدم وجوب الحد، فلأن القذف أوجب اللعان، فلم يوجب الحد.

أما لو طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعياً، فلا يسقط اللعان؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية.

٣ً ـ موت شاهد القذف أو غيبته : يسقط اللعان بموت شاهد القذف وغيبته، إذ لو مات أو غاب لا يقضى بشهادته.

٤ً ـ تكذيب الزوج نفسه أو تصديقها الزوج في القذف : لو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان، لتعذر الإتيان به، إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين، وهو يقول : إنه كاذب، ويجب عليه حد القذف، لأن القذف صحيح.

ولو صدقت المرأة الزوج في القذف يسقط اللعان أيضاً لتعذر الإتيان به؛ لأنها أكذبت نفسها في الإنكار، لكن لا حد عليها؛ لأن اللعان لو وجب لا يثبت الزنا عليها، فلا تزول عفتها باللعان، فلا تحد حد الزنا هنا بالأولى لسقوط اللعان.

وذكر الحنابلة[1] ثلاث حالات لسقوط اللعان :

١ً ـ طروء عارض من عوارض الأهلية : كالجنون، والزنا، وخرس المرأة.

٢ً ـ تصديق المرأة زوجها في القذف أو عفوها، أو سكوتها. وسبب هاتين الحالتين اشتراطهم : أن تكذبه ويستمر التكذيب إلى انقضاء اللعان.

٣ً ـ موت الزوج قبل اللعان أو قبل إتمام اللعان، فإذا قذف الزوج امرأته ثم

---

(١) غاية المنتهى : ٢٠٢/٣، كشاف القناع : ٤٥١/٥، المغني : ٤٠٦/٧.

مـات قبل لعـانها أو قبل إتمـام لعـانـه ، سقـط اللعـان ، ولحقـه الولـد ، وورثتـه المرأة بالاتفاق ؛ لأن اللعان لم يوجد ، فلم يثبت حكمه . وكذلـك يسقـط اللعـان عنـدهم إن مات الزوج بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها .

وقال الشافعي : تبين المرأة بلعان الزوج ، وإن لم تلاعن الزوجـة أو كان كاذبـاً ، ويسقط التوارث ، وينتفي الولد ، ويلزم المرأة الحد إلا أن تلاعن .

ثانياً ـ ما يبطل به حكم اللعان بعد وجوده قبل التفريق :

رأى الحنفية[1] : أن كل ما يسقط اللعان بعد وجوبه ، يبطل به حكم اللعـان (أي أثره) بعد وجوده ، قبل التفريق مثل جنون أحد الزوجين أو كليهما بعـد اللعـان قبل التفريـق ، أو خرسـه أو خرسها ، أو ردتـه أو ردتها ، أو صيرورة أحـدهمـا محـدوداً في قذف ، أو صيرورة المرأة موطوءة وطئاً حراماً ، وإكذاب أحدهمـا نفسـه حتى لا يفرق الحاكم بينهما ويبقيان على زواجها .

وذلك لأن الأصل عندهم أن بقاء الزوجين على حال اللعـان من الأهليـة ، شرط بقاء حكم اللعان ؛ لأن اللعان عندهم شهادة ، ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهـادة إلى وقت إصدار الحكم القضائي ، فـإذا زالت صفـة الشهـادة بهـذه العوارض ، فلا يجوز للقاضي التفريق .

المبحث التاسع ـ التفريق بسبب الظهار :

فيه خمسة مطالب :

الأول ـ تعريف الظهـار وحكمـه الشرعي وأحـوالـه تنجيزاً وإضـافـة وتعليقـاً وتأقيتاً .

---

(١) البدائع : ٢٤٨/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٨١٢/٢ .

الثاني - ركن الظهار وشروطه.

الثالث - أثر الظهار أو ما يحرم على المظاهر.

الرابع - كفارة الظهار.

الخامس - انتهاء حكم الظهار.

المطلب الأول - تعريف الظهار وحكمه الشرعي، وأحواله تنجيزاً وإضافة وتعليقاً وتأقيتاً:

الظهار شبيه بالإيلاء في أن كلاً منهما يمين تمنع الوطء، ويرفع منعه الكفارة، وهو شبيه أيضاً باللعان على رأي الجمهور في أنه يمين لا شهادة. وكان الأولى ذكر الظهار عقب الإيلاء كما فعل فقهاؤنا، لكني أخرته إلى ما بعد اللعان لتوقف اللعان على التفريق القضائي الذي هو عنوان الفصل، وأما الظهار فيأتي التفريق فيه فقط إذا امتنع الزوج عن التكفير.

والظهار لغة: مصدر مأخوذ من الظهر، مشتق من قول الرجل إذا ظاهر امرأته: «أنت علي كظهر أمي»، وكان طلاقاً في الجاهلية، ويقال: كانوا في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته، ولم يرد أن تتزوج بغيره، آلى منها أو ظاهر، فتبقى لا ذات زوج ولا خلية عن الأزواج تستطيع أن تنكح غير زوجها الأول، فغير الشارع حكمه إلى تحريم الزوجة بعد العود (العزم على الوطء)، ولزوم الكفارة.

والظهار شرعاً: هو أن يشبه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد، أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ، كأن يقول لها: أنت علي كظهر أمي أو أختي، أو بحذف كلمة «علي».

وتعريفات فقهاء المذاهب متقاربة، وهي ما يأتي، عرفه الحنفية بقولهم[1]:

(١) الدر المختار: ٧٩٠/٢، فتح القدير: ٢٢٥/٣، اللباب: ٦٧/٣، البدائع: ٢٣٣/٣.

تشبيه المسلم زوجته، أو ما يعبر به عنها من أعضائها، أو جزءاً شائعاً منها، بمحرَّمة عليه تأبيداً. فلا ظهار لذمي عندهم، ويشمل الظهار الزوجة الكتابية والصغيرة والمجنونة، ويمكن تشبيه الزوجة، أو ما يعبر به عنها كالرأس والرقبة، أو تشبيهه جزءاً شائعاً من الزوجة كقوله: نصفك ونحوه، والمشبه به إما جملة القريبة المحرم مثل: أنت علي كأمي، أو عضو يحرم النظر إليه من أعضاء محرمة عليه نسباً أو مصاهرة أو رضاعاً كالظهر وغيره. وإنما خص هذا اليمين باسم الظهار تغليباً للظهر؛ لأنه كان الأصل في استعمالهم.

فلو شبه زوجته بمن تحرم عليه مؤقتاً، لم يكن ظهاراً، مثل: أنت علي كظهر أختك أو عمتك، فإن الأخت والعمة تحرمان حرمة مؤقتة، أو قال: كمطلقتي ثلاثاً، فإنها تحرم حتى تنكح زوجاً غيره، أو كالمجوسية لجواز إسلامها، وكذا لو شبهها بجزء لا يحرم النظر إليه كالوجه والرأس، لا يكون ظهاراً.

ولو شبهها بشيء يحرم عليه من غير النساء كالخمر والخنزير، لم يكن ظهاراً، ويرجع فيه إلى نيته، فإن قصد به طلاقاً، كان طلاقاً بائناً، وإن قصد التحريم أو لم يقصد شيئاً كان إيلاء.

ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه كان مظاهراً. لكن لو قال: أنت علي كظهر أبي أو ابني، لا يصح؛ لأن المظاهر به ليس من جنس النساء.

وعرفه المالكية[1] بقولهم: الظهار: تشبيه المسلم المكلف من تحل من زوجة أو أمة أو جزأها بمحرَّمة عليه أو بظهر أجنبية، وإن تعليقاً أو مقيداً بوقت. فلا ظهار لكافر، ولا لصبي ومجنون ومكره، ويتحقق الظهار بتشبيه الزوجة، مثل أنت أمي، أو جزء منها كيدها ورجلها، ولا ظهار في قوله: أنت علي كظهر زوجتي النفساء أو

(١) الشرح الصغير: ٦٣٤/٢ وما بعدها

المُحْرِمة بحج ؛ لأن التحريم لها عليه ليس أصالة ، فالظهار: تشبيه الزوجة بالمحرمة عليه أصالة ، أو المحرمة عليه وقت اليمين مثل ظهر أجنبية . وبه يتفق الحنفية والمالكية في عدم صحة ظهار الكافر، ويختلفون في تشبيه الزوجة بظهر امرأة أجنبية . فلا ينعقد عند الحنفية ؛ لأن التحريم مؤقت ، وينعقد بنية الظهار عند المالكية ، لأن التحريم الحالي أصيل .

وينعقد عندهم الظهار المعلق بشرط مثل : إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ، وإن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي . أما إن علقه بأمر محقق نحو: إن جاء رمضان فأنت علي كظهر أمي أو فلانة الأجنبية ، أو إن طلعت الشمس في غد فأنت علي كظهر أمي ، تنجز من الآن ، ومنع منها حتى يكفِّر.

وإن قيد الظهار بوقت ، مثل : أنت علي كظهر أمي في هذا اليوم أو الشهر، انعقد مؤبداً ، ولا ينحل إلا بالكفارة .

وعرفه الشافعية[1] بأنه : تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالاً على التأبيد . فلا يصح من صبي ومجنون ومغمى عليه ولا من مكره ، ويصح من ذمي لعموم آية الظهار، ولا يصح تشبيه الزوجة بغير محرَّمة على التأبيد ، فلو شبهها بأجنبية ومطلقة ، وأخت زوجة ، وأب للمظاهر، وملاعنة له ومجوسية ومرتدة ، فكلامه لغو؛ لأن الثلاثة الأولى لا يشبهن الأم في التحريم المؤبد ، ولأن الأب أو غيره من الرجال كالابن والغلام ليس محلاً للاستمتاع ، وأما الملاعنة أو المجوسية أو المرتدة وإن كان تحريمها مؤبداً ، فليس التحريم بسبب القرابة المحرمية ، فهم كالحنفية في التشبيه بالمحرمة تأبيداً .

وعرفه الحنابلة[2] بقولهم : أن يشبه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم

---

(١) مغني المحتاج : ٣٥٢/٣ ـ ٣٥٤ .

(٢) كشاف القناع : ٤٢٥/٥ ، غاية المنتهى : ١٩٠/٣ .

عليه على التأبيد، كأمه وأخته من نسب أو رضاع، أو حماته، أو يشبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته وعمتها وخالتها، أو يشبهها برجل كأبيه أو زيد، أو بعضو منه كظهره أو رأسه، ولو بغير عربية، أو اعتقد الحل، أي حل المشبه بها من أم وأخت كمجوسي قال لزوجته: أنت علي كظهر أختي، وهو يعتقد حل أخته، فلا أثر لاعتقاده ذلك، ويكون مظاهراً.

فهم كالشافعية يجيزون ظهار الكافر، ولكن يخالفونهم في جواز تشبيه الزوجة بالمحرمة تحريماً مؤقتاً، أو بمن لا يحل الاستمتاع به، وأجازوا كالمالكية الظهار من الأجنبية.

حكمه الشرعي: الظهار محرَّم[1]، لقوله الله تعالى: ﴿وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾ ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم، قال تعالى: ﴿ما هن أمهاتهم﴾ وقال تعالى: ﴿وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم﴾.

أحوال الظهار في العادة: يصح الظهار بالاتفاق منجزاً، كقوله: أنت علي كظهر أمي، ويكون الظهار عند أكثر الفقهاء من الزوج لا من الزوجة[2]، فلو ظاهرت المرأة من زوجها كان ظهارها عند الحنفية لغواً، فلا حرمة عليها ولا كفارة. وكذلك قال بقية المذاهب: ليس ذلك بظهار، لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ فخص الأزواج بالظهار، ولأنه قول يوجب تحريماً على الزوجة يملك الزوج رفعه، فاختص به الرجل كالطلاق، ولأن حل الاستمتاع بالمرأة حق للرجل، فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه.

لكن أوجب عليها الإمام أحمد في رواية راجحة عنه كفارة الظهار؛ لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور، وفي رواية عنه: عليها كفارة اليمين، قال ابن قدامة:

---

(١) المهذب: ١١١/٢ وما بعدها، المغني: ٣٣٧/٧، البدائع: ٢٢٩/٣.

(٢) الدر المختار: ٧٩١/٢، المغني: ٣٨٤/٧ وما بعدها، بداية المجتهد: ١٠٨/٢.

وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه بأصوله ؛ لأنه ليس بظهار، ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب . وفي رواية ثالثة : ليس عليها كفارة ، وهو قول بقية الأئمة ، لأنه قول منكر وزور، وليس بظهار، فلم يوجب كفارة كالسب والقذف .

الظهار المعلق : أجاز الحنفية[1] إضافة الظهار إلى ملك أو سبب الملك ، مثال الأول : أن يقول لأجنبية : إن صرت زوجة لي فأنت علي كظهر أمي .

ومثال الثاني : إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ، وأجازوا إضافته إلى وقت مثل : أنت علي كظهر أمي في رأس شهر كذا ، لقيام الملك ، وتعليقه أثناء الزواج مثل : إن دخلت الدار أو إن كلمت فلاناً ، فأنت علي كظهر أمي لوجود الملك وقت اليمين . لكن تعليق الظهار بمشيئة الله تبطله .

وكذلك أجاز الحنابلة[2] تعليق الظهار على الزواج أو الظهار من الأجنبية ، سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال : كل النساء علي كظهر أمي ، وسواء أوقعه مطلقاً أم علقه على التزويج ، فقال : كل امرأة أتزوجها ، فهي علي كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها ، لم يطأها حتى يكفر . وأجازوا أيضاً تعليق الظهار بشرط ، مثل إن دخلت الدار، فأنت علي كظهر أمي ، أو إن شاء زيدٌ فأنت علي كظهر أمي ، فمتى دخلت الدار أو متى شاء زيد ، صار مظاهراً ، وإلا فلا .

ودليلهم ما روى الإمام أحمد عن عمر بن الخطاب : أنه قال في رجل قال : إن تزوجت فلانة ، فهي علي كظهر أمي ، فتزوجها ، قال : «عليه كفارة الظهار» ولأنها يمين مكفرة ، فصح انعقادها قبل النكاح ، كاليمين بالله تعالى .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٧٩١/٢ ، البدائع : ٢٣٢/٣ .

(٢) المغني : ٣٥٠/٧ ، ٣٥٤ .

وقد بينا أن المالكية[1] أجازوا تعليق الظهار، نحو: إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي، وإن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي، أو قال: كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي.

وأجاز الشافعية[2] أيضاً تعليق الظهار بشرط وبمشيئة زيد مثلاً؛ لأنه يتعلق به التحريم كالطلاق والكفارة، وكل منهما يجوز تعليقه. وتعليق الظهار مثل: إذا جاء زيد، أو إذا طلعت الشمس فأنت علي كظهر أمي. فإذا وجد الشرط صار مظاهراً لوجود المعلق عليه. ومن أمثلته أن يقول: «إن ظاهرت من زوجتي الأخرى، فأنت علي كظهر أمي» وهما في عصمته، فظاهر من الأخرى، صار مظاهراً منهما، عملاً بموجب التنجيز والتعليق.

والخلاصة: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز تعليق الظهار على شرط، وقرر الجمهور غير الشافعية أنه يجوز تعليق الظهار على التزوج بامرأة معينة، وكذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة: لو قال: «كل النساء علي كظهر أمي» لأنه عقد على شرط الملك، فأشبه ذا ملك، والمؤمنون عند شروطهم. ولا يجوز عند الشافعية تعليق الظهار على ملك الزواج، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيما يرويه أبو داود والترمذي: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك، ولا وفاء بنذر إلا فيما يملك» والظهار شبيه بالطلاق.

الظهار المؤقت: ذكر فقهاء المذاهب الأربعة[2]: أنه يصح الظهار مؤقتاً، مثل أن يقول: أنت علي كظهر أمي شهراً أو يوماً، أو حتى ينسلخ شهر رمضان، لكن يصبح مؤبداً عند المالكية، فلا ينحل إلا بالكفارة، أي فيسقط التأقيت

---

(1) الشرح الصغير: ٦٣٥/٢، بداية المجتهد: ١٠٧/٢.

(2) الدر المختار: ٧٩٣/٢، البدائع: ٢٣٥/٣، الشرح الصغير: ٦٣٦/٢، المهذب: ١١٣/٢ - ١١٤، المغني: ٣٤٩/٧، مغني المحتاج: ٣٥٧/٣.

ويكون ظهاراً؛ لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة، فإذا وقته لم يتوقت كالطلاق. وقال الشافعية والحنابلة: إذا مضى الوقت، زال الظهار، وحلت المرأة، بلا كفارة، فإن وطئها في المدة لزمته الكفارة، لحديث سَلَمة بن صَخْر، وقوله: «تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان، وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر، فأمره بالكفارة»[1] ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفارة، فصح مؤقتاً كالإيلاء. ويختلف الظهار عن الطلاق في أن الظهار يزيل الملك، ويوقع تحريماً يرفعه التكفير، فجاز تأقيته.

المطلب الثاني - ركن الظهار وشروطه:

ركن الظهار عند الحنفية[2]: هو اللفظ الدال على الظهار، والأصل فيه قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، ويلحق به قوله: أنت علي كبطن أمي، أو فخذ أمي، أو فرج أمي.

وقال الجمهور غير الحنفية[3]: للظهار أركان أربعة وهي: المظاهر، والمظاهر منها، واللفظ أو الصيغة، والمشبه به.

والمظاهر: هو الزوج.

والمظاهر منه: هو الزوجة، مسلمة كانت أو كتابية.

واللفظ أو الصيغة: ما يصدر عن الزوج من ألفاظ صريحة أو كناية.

والمشبه به: هو من حرم وطؤه وهو الأم ويلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن، عن سلمة بن صخر (نيل الأوطار: ٢٥٨/٦).

(٢) البدائع: ٢٢٩/٣.

(٣) القوانين الفقهية: ص ٢٤٢، الشرح الكبير: ٤٤٠/٢، الشرح الصغير: ٦٣٧/٢، مغني المحتاج: ٣٥٢/٣، المغني: ٣٣٨/٧ وما بعدها.

شروط المظاهر: المظاهر عند الحنفية والمالكية: هو كل زوج مسلم عاقل بالغ، فلا يلزم ظهار الذمي.

وعند الشافعية والحنابلة: هو كل زوج صح طلاقه، وهو البالغ العاقل سواء أكان مسلماً أم كافراً، حراً أم عبداً.

وظهار السكران صحيح كطلاقه بالاتفاق. ولا يصح ظهار المكره عند الجمهور غير الحنفية. وبه تكون شروط المظاهر[1]:

١ً- أن يكون عاقلاً: فلا يصح ظهار المجنون والصبي غير المميز، والمعتوه والمدهوش والمغمى عليه والنائم، كما لا يصح طلاقهم؛ لأنه يترتب عليه التحريم، وهؤلاء ليسوا أهلاً لخطاب التحريم.

٢ً- أن يكون بالغاً: فلا يصح ظهار الصبي وإن كان عاقلاً مميزاً؛ لأن الظهار من التصرفات الضارة المحضة، فلا يملكه الصبي، كما لا يملك الطلاق وغيره مما يضر بمصلحته.

٣ً- أن يكون مسلماً في رأي الحنفية والمالكية: فلا يصح ظهار الذمي عندهم؛ لأن حكم الظهار تحريم مؤقت يزول بالكفارة، والكافر ليس أهلاً للكفارة التي هي قربة إلى الله تعالى، فلا يكون من أهل الظهار.

ولا يشترط كونه مسلماً في رأي الشافعية والحنابلة، لعموم آية الظهار: ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ من غير تفريق بين مسلم وكافر، ولأن الكافر مخاطب بفروع الشريعة، وأهل للكفارة بغير الصوم من إطعام وإعتاق رقبة، ولأنه أهل للطلاق، فيكون أهلاً للظهار، فإن كان المظاهر كافراً، كفر بالعتق أو الطعام؛

(١) البدائع: ٢٣٠/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٤٢، الشرح الصغير: ٦٣٧/٢، مغني المحتاج: ٣٥٢/٣ وما بعدها، المغني: ٣٣٨/٧ وما بعدها، ٣٨٢، كشاف القناع: ٤٢٩/٥، المهذب: ١١٨/٢.

لأنه يصح منه مـا ذكر في غير الكفـارة ، فصح منـه في الكفـارة ، ولا يكفر بـالصوم ، لعدم صحته منه .

والخـلاصـة : يشترط عنـد الفريـق الأول شرطـان في المظـاهر وهمـا الإسـلام والتكليف ، وشرط واحد عند الفريق الثاني وهو التكليف .

وأما الاختيار أو الطواعية فهو شرط عند الجمهور غير الحنفية ، ويدخل عندهم في شرط التكليف ، فلا يصح ظهـار المكره ، وليس شرطـاً عنـد الحنفيـة ، فيصح ظهـار المكره والمخطئ ، كما يصح طلاقهما .

شروط المظاهر منها : المظاهر منها : هي امرأة المظاهر ، مسلمة أو كتـابيـة ، كبيرة أو صغيرة ، وشروطها ما يلي[1] :

١ً ـ أن تكون زوجته : وهي أن تكون مملوكة له بملك النكاح ، فلا يصح الظهـار من الأجنبية ، لعدم الملك ، لقوله تعالى : ﴿من نسائهم﴾ .

لكن يصح الظهار عند الجمهور غير الشافعية معلقـاً بـالملـك ، كأن يقول لامرأة : إن تزوجتك فـأنت علي كظهر أمي ، أو يقول : كل امرأة أتزوجهـا ، فهي علي كظهر أمي .

ظهـار المرأة : لم يجـز أكثر العلمـاء ظهـار المرأة من الرجـل تشبيهـاً للظهـار بـالطلاق ، ويكون لغواً لا كفـارة فيـه ، ولكن أوجب عليهـا الإمـام أحمـد في روايـة راجحة عنه كفارة الظهار ؛ لأنها أتت بالمنكر من القول والزور ، وفي روايـة : كفـارة اليمين ، وهذا أقيس على مذهبه ، كما بينا .

---

(١) البدائع : ٢٣٢/٣ ـ ٢٣٤ ، فتح القدير : ٢٣٢/٣ ، اللباب : ٦٩/٣ ، الدر المختار : ٧٩١/٢ ، ٧٩٥ ، بداية المجتهد : ١٠٧/٢ ومـا بعـدهـا ، ١١٢ ، القـوانين الفقهيـة : ص ٢٤٢ ، الشرح الصغير : ٦٣٧/٢ ، المهـذب : ١١٣/٢ ومـا بعدها ، مغني المحتاج : ٣٥٤/٣ ، ٣٥٨ ، المغني : ٣٣٩/٧ ، ٣٥٤ ، ٣٥٧ ، ٣٨٤ .

الظهار من الجماعة: لو قال الزوج بلفظ واحد لأربع من نسائه: «أنتن علي كظهر أمي» كان مظاهراً من جماعتهن، وعليه عند الحنفية والشافعية في الجديد لكل امرأة كفارة؛ لأنه وجد الظهار والعود (العزم على الوطء) في حق كل امرأة منهن، فوجب عليه عن كل واحدة كفارة، كما لو أفردها به.

وقال المالكية والحنابلة: ليس عليه إلا كفارة واحدة، عملاً بقول عمر وعلي رضي الله عنهما، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة، فإذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى.

٢ً- قيام ملك النكاح من كل وجه: فيصح الظهار من الزوجة ولو كانت في أثناء العدة من طلاق رجعي، ولا يصح الظهار من المطلقة ثلاثاً، ولا المبانة ولا المختلعة وإن كانت في العدة، بخلاف الطلاق؛ لأن المختلعة والمبانة يلحقها عند الحنفية صريح الطلاق؛ لأن الظهار تحريم، وقد ثبتت الحرمة بالإبانة والخلع، وتحريم المحرَّم محال، ولأنه لا يفيد إلا ما أفاده سابقه، فيكون عبثاً.

٣ً- أن يكون الظهار عند الحنفية مضافاً إلى بدن الزوجة، أو عضو منها يعبر به عن جميع البدن، أو جزء شائع منها، فلو أضافه إليها مثل: أنت علي كظهر أمي، أو إلى عضو يعبر به عن الجميع مثل: رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك علي كظهر أمي، أو إلى جزء شائع مثل: ثلثك أو ربعك أو نصفك ونحو ذلك كظهر أمي، كان مظاهراً.

أما لو قال: يدك أو رجلك أو أصبعك، لا يصير مظاهراً عندهم. ويصير مظاهراً عند بقية المذاهب؛ لأنه عضو يحرم التلذذ به، فكان كالظهر.

شروط المشبه به: المشبه به: هي الأم، ويلحق به كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة. وقد اختلفت الآراء الفقهية سعة وضيقاً في تحديد المشبه به.

فقال الحنفية[1]: يشترط في المظاهر به أو المشبه به ما يأتي:

---

(١) البدائع: ٢٣٣/٣ - ٢٣٤.

١ً ـ أن يكون امرأة يحرم نكاحها عليه على التأبيد ، سواء أكان التحريم بالنسب كلأم والبنت والأخت والعمة والخالة ، أم بالرضاع ، أم بالمصاهرة كامرأة أبيه ،أو زوجة ابنه ، وأم امرأته (حماته) .

٢ً ـ أن يكون عضواً لا يحل له النظر إليه ، كالظهر والبطن والفخذ والفرج ، فلو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رِجْلها ، لا يصير مظاهراً ؛ لأن هذه الأعضاء من أمه يحل له النظر إليها .

٣ً ـ أن يكون من جنس النساء : فلو قال الزوج لامرأته : أنت علي كظهر أبي أو ابني ، لا يصح ؛ لأن الشرع إنما ورد فيما إذا كان المظاهر به امرأة . وعليه ، لا يصح الظهار إذا شبه الرجل امرأته بامرأة محرمة عليه في الحال ، وتحل له في حال أخرى ، كأخت امرأته أو امرأة لها زوج ، أو مجوسية ، أو مرتدة ؛ لأنها غير محرمة عليه على التأبيد .

وذهب المالكية[1] إلى أن المشبه به : هو من حرم وطؤه أصالة من آدمي (ذكر أو أنثى) أو غيره أي كالبهيمة .

فيصح الظهار بتشبيه الزوجة أو جزئها ولو حكماً كالشعر والريق بالأم ، وما يلحق بها من كل محرم على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة . وخرج بقوله « أصالة » من يحرم وطؤها لعارض كالحيض أو النفاس ، فلا ينعقد الظهار بقوله لإحدى زوجتيه : « أنت علي كظهر زوجتي النفساء أو الحائض أو المُحْرِمة بحج أو المطلقة طلاقاً رجعياً » .

ويصح الظهار أيضاً بتشبيه الزوجة بجزء المحرَّمة على التأبيد ، مثل : أنت علي كيد أمي أو يد خالتي .

---

(١) الدسوقي مع الشرح الكبير : ٤٣٩/٢ وما بعدها ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٦٣٧/٢ ، بداية المجتهد : ١٠٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٤ .

وكذا يصح الظهار عندهم إذا شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد.

ورأى الشافعية[1] أن المشبه به فقط: كل من حرم وطؤه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة إلا مرضعة المظاهر وزوجة الابن؛ لأنها كانتا حلالاً له في وقت، فيحتمل إرادته.

وأوسع المذاهب في صحة الظهار بالمشبه به هم الحنابلة[2]، فإنه يشمل ما يأتي من الأصناف، سواء أكان التشبيه بكل المشبه به أم بعضو منه كاليد والوجه والأذن.

١ً - كل محرَّم من النساء على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة، كالأمهات والجدات والعمات والخالات والأخوات، وهذا متفق عليه، والأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة، وحلائل الأبناء والآباء وأمهات النساء، والربائب اللاتي دخل بأمهن.

٢ً - كل محرَّم من النساء تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته وعمتها، أو الأجنبية، لأنه شبه زوجته بمحرمة، فأشبه ما لو شبهها بالأم.

٣ً - كل محرَّم من الرجال، أو البهائم، أو الأموات ونحوهم، فيصح الظهار لو شبه زوجته بظهر أبيه، أو بظهر غيره من الرجال، أو قال: أنت علي كظهر البهيمة، أو أنت علي كالميتة والدم، عملاً بما روي عن جابر بن زيد.

وخالفهم فيما ذكر أكثر العلماء، فلا يكون التشبيه بمن ذكر ظهاراً؛ لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع، كما لو قال: أنتِ علي مثل مال زيد.

هذا ويكره أن يدعو الزوج زوجته بذي رحم، مثل يا أخت أو يا أم ونحوهما، لنهي النبي ﷺ عنه فيما رواه أبو داود.

---

(١) مغني المحتاج: ٣٥٣/٣ - ٣٥٤.

(٢) المغني: ٣٤٠/٧ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٢٥/٥ - ٤٢٨، غاية المنتهى: ١٩٠/٣ وما بعدها.

شروط الصيغة : الصيغة التي ينعقد الظهار بها إما لفظ صريح لا يحتاج إلى نية، أو كناية يحتاج إلى نية. وقد اختلف الفقهاء في بيان الألفاظ الصريحة والكناية.

فقال الحنفية[1] : الصريح : هو ما كان بلفظ لا يحتمل معنى آخر غير الظهار، بأن يقول الرجل لزوجته : «أنت علي كظهر أمي» أو «بطنك أو فخذك أو فرجك ... إلخ» أو «نصفك ونحوه من الجزء الشائع كظهر أمي» يكون مظاهراً ولو بلا نية، لأنه صريح. ومثله : «أنت علي حرام كظهر أمي» ثبت الظهار لا غير لأنه صريح.

والكناية : ما كان بلفظ يحتمل الظهار وغيره، ويكون ظهاراً بالنية، مثل «أنت علي مثل أمي» يرجع إلى نيته، فإن قال : أردت الكرامة، فهو كما قال، وإن قال : أردت الظهار، فهو ظهار، وإن قال : أردت الطلاق، فهو طلاق بائن، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لاحتمال إرادة الكرامة.

ومثل : «أنت علي حرام كأمي» يعتبر ما نواه من ظهار أو طلاق. ولا يقبل منه إرادة الكرامة، لوجود لفظ التحريم، وإن لم ينو شيئاً ثبت الأدنى وهو الظهار في الأصح، لعدم إزالته ملك النكاح وإن طال.

وصريح الظهار **عند المالكية**[2] : هو ما تضمن ذكر الظهر في مؤبد التحريم، أو هو اللفظ الدال على الظهار بالوضع الشرعي بلا احتمال غيره بلفظ «ظهر» امرأة مؤبدة التحريم بنسب أو رضاع أو مصاهرة، فلا بد في الصريح من الأمرين : ذكر الظهر، ومؤبدة التحريم، مثل : «أنت علي كظهر أمي أو أختي من الرضاع، أو كظهر أمك».

---

(١) فتح القدير : ٢٢٨/٣ - ٢٣١، البدائع : ٢٣١/٣ - ٢٣٢، الدر المختار : ٧٩٢/٢ - ٧٩٤، اللباب : ٦٨/٣ وما بعدها.

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٤٢، الشرح الصغير : ٦٣٧/٢ - ٦٤٠، الشرح الكبير : ٤٤٢/٢، بداية المجتهد : ١٠٤/٢.

ولا ينصرف صريح الظهار للطلاق إن نواه بـه ؛ لأن صريح كل نوع لا ينصرف لغيره ، ولا يؤاخذ أو لا يعتبر منه الطلاق إن نوى بـالظهـار طلاقـاً ، لا في الفتوى ولا القضاء على المشهور من المذهب .

والكناية عندهم : هي ماسقط منـه أحـد اللفظين : لفـظ الظهر : ولفـظ مؤبـد التحريم ، مثـال الأول : « أنت كأمي » أو « أنت أمي » بحـذف أداة التشبيـه ، ومثـال الثـاني : « أنت كظهر رجـل : خـالـد أو بكر أو كظهر أبي أو ابني ، أو أجنبيـة[1] يحـل وطؤها في المستقبل بزواج » مثل : أنت علي كظهر فلانـة ، وليست محرمـاً ولا زوجـة له .

ومن الكناية : أن يعبر بجزء من الزوجة أو من المشبه به ، مثل : يدك أو رأسك أو شعرك كأمي ، أو كيد أمي أو رأسها أو شعرها . وينوي الظهار في النوعين .

فإن نوى الظهـار في نوعي الكنـايـة الظـاهرة ، وهمـا إسقـاط لفـظ الظهر ، أو إسقاط مؤبدة التحريم ، انعقـد ظهـاراً . وإن نوى الطلاق وقع بـه البينونـة الكبرى : وهي الطلاق الثلاث ، سواء في الزوجة المدخول بهـا وغيرهـا ، لكن إن نوى الأقل من الثلاث في غير المدخول بها ، لزمه فيها ما نواه ، بخلاف المدخول بها ، فإنـه يلزمـه فيهـا البينونة الكبرى ، ولا يقبل منه نية الأقل .

ومذهب الشافعية[2] : أن الصريح : ما تضمن ذكر الظهر أو عضو لا يـذكر في معرض التكريم ، كأن يقـول الرجـل لـزوجتـه : « أنت علي أو مني أو معي أو عنـدي كظهر أمي » وكذا إن قال : « أنت كظهر أمي » بحـذف الصلـة أي علي ونحوه ، يكون صريحاً على الصحيح ، ومن الصريح قوله : « جسمك أو بدنك أو نفسك كبـدن أمي أو جسمها أو جملتها » لتضمنه الظهر . ومنه : « أنت علي كيد أمي أو بطنهـا أو صـدرهـا ،

---

(١) المراد بالأجنبية : غير القريبة المحرم ، وغير الزوجة .

(٢) مغني المحتاج : ٣/٣٥٣ ، المهذب : ٢/١١٢ .

ونحوها من الأعضاء التي لا تذكر في معرض الكرامة والإعزاز مما سوى الظهر؛ لأنه عضو يحرم التلذذ به، فكان كالظهر.

ومن الصريح: ذكر جزء شائع مثل نصفك أو ربعك، ومنه ذكر أحد الأعضاء مثل: رأسك أو ظهرك أو يدك أو رجلك، أو بدنك أو جلدك أو شعرك أو نحو ذلك.

والكناية: أن يذكر عضواً يحتمل الكرامة، مثل أنت علي كعين أو رأس أمي ونحوه. أو أنت كأمي أو روحها أو وجهها، فإن قصد ظهاراً أي نوى أنها كظهر أمه في التحريم فهو ظهار، وإن قصد كرامة أو لم يقصد شيئاً، فلا يكون ظهاراً؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في الكرامة والإعزاز.

ولا يكون الظهار بلفظ الطلاق، ولا الطلاق بلفظ الظهار، فإن قال الرجل لامرأته: «أنت طالق» ونوى به الظهار، لم يكن ظهاراً. وإن قال: «أنت علي كظهر أمي» ونوى به الطلاق، لم يكن طلاقاً؛ لأن كل واحد منهما صريح في موجبه في الزوجية، فلا ينصرف عن موجبه بالنية، كما بينا عند المالكية.

ولو قال: «أنت طالق كظهر أمي» ولم ينو شيئاً، وقع الطلاق، بقوله: «أنت طالق» ويلغى قوله: «كظهر أمي».

وإن قال: «أنت علي حرام كظهر أمي» ولم ينو شيئاً، فهو ظهار؛ لأنه أتى بصريحه، وأكده بلفظ التحريم. فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً في الصحيح.

والصريح **عند الحنابلة**[1]: ما تضمن ذكر الظهر أو الحرمة، فإذا قال الزوج لزوجته: أنت علي كظهر أمي أو كظهر امرأة أجنبية، أو أنت علي حرام، أو حرم عضواً من أعضائها، كان مظاهراً.

---

(١) المغني: ٣٤٠/٧ - ٣٤٦، كشاف القناع: ٤٢٦/٥ - ٤٢٨.

فإن شبه زوجته بمن تحرم عليه على التأبيد، فقال: أنت علي كظهر أمي أو أختي أو غيرهما، فهذا ظهار إجماعاً.

وكذا إن شبهها بمن تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته، كان ظهاراً في المذاهب الأربعة وأكثر العلماء.

أو شبهها بالأقارب المحرمات من جهة الرضاع أو من جهة المصاهرة كالأمهات المرضعات وحلائل الآباء والأبناء، كان ظهاراً في رأي الأكثرين.

وأما الكناية عند الحنابلة فهو استعمال ألفاظ الكرامة والتوقير، كما قال الشافعية، فإن قال: أنت علي كأمي أو مثل أمي، فإن نوى به الظهار فهو ظهار، وهو رأي الأكثرين، وإن نوى به الكرامة والتوقير أو أنها مثله في الكبر أو الصفة، فليس بظهار، والقول قوله في تحديد نيته. وإن لم ينو شيئاً وأطلق فالأظهر عندهم أنه ليس بظهار حتى ينويه، وهو موافق لقول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم، فلم ينصرف إليه بغير نية ككنايات الطلاق.

وإن قال: «أنت علي حرام» فإن نوى به الظهار، فهو ظهار، وهذا موافق لقول أبي حنيفة والشافعي. ولو قال: «أنت حرام إن شاء الله» فلا ظهار.

وإن قال: «أنت علي كظهر أمي حرام» فهو صريح في الظهار لا ينصرف إلى غيره، سواء نوى الطلاق أو لم ينوه، وهذا متفق عليه؛ لأنه صرح بالظهار، وبينه بقوله: «حرام».

ولو قال: «أنت طالق كظهر أمي» طلقت كما قال الشافعية، وسقط قوله: «كظهر أمي» لأنه أتى بصريح الطلاق أولاً، وجعل قوله «كظهر أمي» صفة له. فإن نوى بقوله «كظهر أمي» تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً، كما لو أطلق. وإن نوى به الظهار، وكان الطلاق بائناً، فهو كالظهار من الأجنبية؛ لأنه أتى به بعد بينونتها بالطلاق، وإن كان رجعياً كان ظهاراً صحيحاً، كما قال الشافعية.

وإن قال: «أنت علي حرام» ونوى الطلاق والظهار معاً، كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً؛ لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً، والظهار أولى بهذا اللفظ، فينصرف إليه.

وإن قال: «الحل علي حرام» أو «ما أحل الله علي حرام» أو «ما انقلب إليه حرام» وله امرأة، فهو مظاهر في الصور الثلاث، لأن لفظه يقتضي العموم، فيتناول المرأة بعمومه. وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها، فهو آكد.

ولا يكون مظاهراً إن قال: كشعر أمي أو سنها أو ظفرها؛ لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة. أو قال: «أنا مظاهر، أو علي الظهار، أو علي الحرام، أو الحرام لازم لي» ولا نية له؛ لأنه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار. وإن نوى به الظهار، أو اقترنت به قرينة تدل على إرادته الظهار، مثل أن يعلقه على شرط، فيقول: «علي الحرام إن كلمتك» احتمل أن يكون ظهاراً، كما يصح طلاق الكناية بالنية، ويحتمل ألا يثبت به الظهار؛ لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه وهو المظاهرة، وهذا ليس بصريح فيه، ولأنه يمين موجبة للكفارة، فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى.

المطلب الثالث ـ أثر الظهار أو أحكامه، أو ما يحرم على المظاهر:

يترتب على الظهار الآثار التالية[1]:

أ ـ تحريم الوطء بالاتفاق قبل التكفير، وكذا عند الجمهور غير الشافعية: تحريم جميع أنواع الاستمتاع غير الجماع كاللمس والتقبيل والنظر بلذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها لسائر بدنها ومحاسنها، والمباشرة فيما دون الفرج، لقوله تعالى: ﴿ والذين

---

(1) البدائع: ٢٣٤/٣ وما بعدها، فتح القدير: ٢٢٦/٣ وما بعدها، الدر المختار: ٧٩٢/٢ وما بعدها، اللباب: ٦٧/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٤٢، بداية المجتهد: ١٠٨/٢، الشرح الصغير: ٦٤١/٢، المهذب: ١١٤/٢، المغني: ٣٤٧/٧ وما بعدها، ٣٨٣، كشاف القناع: ٤٣١/٥ وما بعدها.

يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ أي فليحرروا رقبة، كما في آية ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ أي ليرضعن، وآية ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ﴾ أي ليتربصن، ولأن القول الذي حرم الوطء، حرم مقدماته ودواعيه كيلا يقع فيه كالطلاق والإحرام. ويستمر التحريم إلى أن يكفر كفارة الظهار؛ لأن ظهاره جناية؛ لأنه منكر من القول وزور، فيناسب مجازاة الجناية بالحرمة، وارتفاعها بالكفارة.

فإن وطئ الرجل المظاهر امرأته قبل أن يكفر، استغفر الله تعالى من ارتكاب هذا المأثم، ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى، ولا يعود إلى الاستمتاع بالمظاهر منها حتى يكفر، لقوله ﷺ للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله» وفي رواية «فاعتزلها حتى تكفر»[1] وعن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ في المظاهر يُواقع قبل أن يكفِّر، قال: «كفارة واحدة»[2].

والعَوْد الذي تجب به الكفارة في قوله تعالى: ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾: أن يعزم المظاهر على وطئها، أي المظاهر منها، أي أن الكفارة تجب عليه إذا قصد وطأها بعد الظهار. فإن رضي أن تكون محرَّمة عليه، ولم يعزم على وطئها لا تجب الكفارة عليه، ويجبر على التكفير دفعاً للضرر عنه.

ومذهب الشافعية: يحرم بالظهار الوطء فقط دون مقدماته ودواعيه حتى يكفِّر المظاهر؛ لأنه وطء يتعلق بتحريم مال، فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض.

٢ً ـ للمرأة أن تطالب المظاهر بالوطء، لتعلق حقها به، وعليها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفّر عن الظهار، وعلى القاضي إلزامه بالتكفير، دفعاً للضرر عنها، والإلزام يكون بحبس أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق.

---

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس (نصب الراية : ٢٤٦/٣ ، نيل الأوطار : ٢٦١/٦) .

(٢) رواه ابن ماجه والترمذي عن سلمة (نيل الأوطار : ٢٦١/٦) .

فإن ادعى أنه كفَّر عن ظهاره، صدّق في دعواه مالم يكن معروفاً بالكذب.

هل يعود الظهار بالعودة إلى الزوجية؟

إذا طلق الرجل امرأته بعد الظهار قبل أن يكفر عن ظهاره، ثم راجعها هل يعود عليها الظهار، فلا يحل له المسيس (الوطء وتوابعه) حتى يكفِّر؟

ذكر ابن رشد[1] خلافاً في المسألة، فعند مالك: إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها، فعليه الكفارة.

وقال أبو حنيفة وصاحباه والشافعي وأحمد: الظهار راجع عليها، سواء نكحها بعد الثلاث أو بعد طلقة واحدة.

وهذه المسألة شبيهة بمن يحلف بالطلاق، ثم يطلق، ثم يراجع، هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا؟

وسبب الخلاف: هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أو لا يهدمها. فمنهم من رأى أن الطلاق البائن الذي هو الثلاث يهدم، وأن مادون الثلاث لا يهدم. ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم.

هل يدخل الإيلاء على الظهار؟

ذكر ابن رشد[2] أيضاً خلافاً في هذه المسألة على ثلاثة آراء: فقال الجمهور غير مالك: لا يتداخل حكم الإيلاء مع حكم الظهار، سواء أكان الزوج مضاراً أم لم يكن، أي لا يدخل عليه.

وقال مالك: يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضاراً.

---

(١) بداية المجتهد: ١٠٩/٢، المغني: ٣٥١/٧ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٥٧/٣، البدائع: ٢٣٥/٣.

(٢) بداية المجتهد: ١٠٩/٢.

وقال سفيان الثوري: يدخل الإيلاء على الظهار مطلقاً، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر، ولو من غير مضارة.

وسبب الخلاف: مراعاة المعنى أو اعتبار الظاهر، فمن اعتبر الظاهر قال: لا يتداخلان. ومن اعتبر المعنى قال: يتداخلان إذا كان القصد الضرر.

المطلب الرابع ـ كفارة الظهار:

يتناول الكلام عن كفارة الظهار المسائل الآتية:

أولاً ـ مشروعية الكفارة: شرعت كفارة الظهار بالكتاب والسنة[1]:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم، ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا، ذلكم توعظون به، والله بما تعملون خبير. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ... ﴾.

وأما السنة: فروى أبو داود بإسناده عن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر مني أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه، ويقول: اتقي الله، فإنه ابنُ عمك، فما برح حتى نزل القرآن: ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها ﴾ إلى الفرض[2]، فقال: يعتق رقبة، قالت: لا يجد، قال: فيصوم شهرين متتابعين، قالت يا رسول الله، إنه شيخ كبير، ما به من صيام، قال: فليطعم ستين مسكيناً، قالت: ماعنده من شيء يتصدَّق به، قال: فأُتي بعَرَق من تمر، قالت: يا رسول الله، فإني سأعينه بعَرَق آخر، قال: قد أحسنتِ، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك. والعَرَق: ستون صاعاً[3].

---

(١) بداية المجتهد: ١٠٣/٢، المغني: ١٠٩/٧.

(٢) الفرض: يقصد به آيتي الظهار ٣ و ٤ من سورة المجادلة.

(٣) رواه أبو داود، ولأحمد معناه، لكنه لم يذكر قدر العَرَق (نيل الأوطار: ٢٦٢/٦).

ثانياً ـ متى تجب كفارة الظهار ؟

يرى أكثر الفقهاء أن كفارة الظهار لا تجب قبل العود، فلو مات أحد المظاهرين أو فارق المظاهر زوجته قبل العود، فلا كفارة عليه، لقوله تعالى: ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم، ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ وهو نص في وجوب تعلق الكفارة بالعود. ومن طريق القياس: إن الظهار يشبه كفارة اليمين، فكما أن الكفارة إنما تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة، كذلك الأمر في الظهار، والكفارة في الظهار كفارة يمين، فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود.

واختلفوا في تفسير العود على آراء ثلاث[1] :

فقال الحنفية، والمالكية على المشهور: العود: العزم على الوطء أو إرادة الوطء.

ورأى الحنابلة أن: العود: هو الوطء في الفرج، لقوله تعالى: ﴿ ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ فأوجب الكفارة عقب العود، وهو يقتضي تعلقها به، ولا تجب قبله، إلا أن الكفارة شرط لحل الوطء، فيؤمر بها من أراده ليستحله بها، كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حلها، ولأن العود في القول هو فعل ضد ما قال، كما أن العود في الهبة: هو استرجاع ما وهب. والعود هنا هو فعل ما حلف على تركه وهو الجماع.

وذهب الشافعية إلى أن العود في الظهار: هو إمساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه؛ لأن ظهاره منها يقتضي إبانتها، فإمساكها عود فيما قال، ولأن تشبيهها

---

(١) البدائع: ٢٣٥/٣، اللباب: ٦٨/٣، بداية المجتهد: ١٠٤/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٤٣، الشرح الصغير: ٦٤٣/٢، مغني المحتاج: ٣٥٥/٣ ـ ٣٥٧، المهذب: ١١٣/٢، المغني: ٣٥١/٧ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٣٢/٥ وما بعدها.

بالأم يقتضي ألا يمسكها زوجة، فإذا أمسكها زوجة فقد عاد فيا قال؛ لأن العود للقول مخالفته، يقال: قال فلان قولاً ثم عاد له، وعاد فيه: أي خالفه ونقضه، وهو قريب من قولهم: عاد في هبته.

وهذا في الظهار المؤبد أو المطلق، وفي غير الرجعية؛ لأنه في الظهار المؤقت إنما يصير عائداً بالوطء في المدة، لا بالإمساك، والعود في الرجعية: إنما هو بالرجعة.

ومحل العود بالإمساك بعد ظهاره زمن إمكان فرقة: هو إذا لم يتصل بالظهار فرقة بسبب من الأسباب، فلو اتصل بالظهار فُرْقة بموت منها أو من أحدهما، أو فسخ للنكاح، أو فُرْقة بسبب طلاق بائن، أو رجعي ولم يراجع، أو جُن الزوج عقب ظهاره، فلا عود ولا كفارة في جميع ذلك، لتعذر الفراق في حالتي الطلاق والجنون، وفوات الإمساك في الموت، وانتفائه في الفسخ.

ثالثاً ـ تعدد الكفارة بتعدد المظاهر منهن أو بتعدد الظهار:

إذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له، فعليه عند الحنفية والشافعية في الجديد[1] كما بينا أربع كفارات، سواء ظاهر منهن بأقوال مختلفة، أو بقول واحد؛ لأن الظهار وإن كان بكلمة واحدة، فإنه يتناول كل واحدة من النساء وحدها، فصار مظاهراً من كل واحدة منهن، وبما أن الظهار تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة، فإذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة.

وليس عليه أكثر من كفارة واحدة، أو يجزئ كفارة واحدة إذا كان مظاهراً بكلمة واحدة عند المالكية والحنابلة[2]؛ لأن الظهار كالإيلاء في التحريم، وفي الإيلاء لا يجب إلا كفارة واحدة، ولأنه كاليمين بالله تعالى، والحنث باليمين على أمر متعدد

---

(١) البدائع: ٢٣٤/٣، مغني المحتاج: ٣٥٨/٣.

(٢) بداية المجتهد: ١١٢/٢ ومابعدها، المغني: ٣٥٧/٧.

لا يوجب إلا كفارة واحدة ، ولأن الكفارة تمحو إثم الحنث ، والكفارة الواحدة تحقق المراد . أما إن ظاهر من نسائه بكلمات فقال لكل واحدة : أنت علي كظهر أمي ، فإن كل كلمة تقضي كفارة ترفعها وتكفر إثمها ، فتتعدد الكفارة بتعدد الظهار من كل امرأة ؛ لأنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة ، فكان لكل واحدة كفارة ، كما لو كفر ثم ظاهر.

والراجح لدي هو الرأي الأول ؛ لأن محل الظهار تعدد ، فتتعدد الكفارة .

وأما تعدد الكفارة بتعدد الظهار ، كأن ظاهر من زوجته مراراً ، فاختلف فيه الفقهاء أيضاً[1] :

فرأى الحنفية : إن كرر الظهار في مجلس واحد ، فكفارته واحدة ، وإن كان في مجالس فكفارات ، كبقية الأيمان ، ولأنه قول يوجب تحريم الزوجة ، فإذا نوى الاستئناف ، تعلق بكل مرة حكم حالها كالطلاق .

ورأى المالكية والحنابلة في ظاهر المذهب والأوزاعي : إذا ظاهر الرجل من زوجته مراراً فلم يكفر ، فكفارة واحدة ؛ لأن المرأة قد حرمت بالقول الأول ، فلم يزد القول الثاني في تحريمها ، ولأن الظهار لفظ يتعلق به كفارة ، فإذا كرره كفاه كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى .

وذهب الشافعي في الجديد : إلى أن من حلف أيماناً كثيرة ، فإن أراد تأكيد اليمين ، فكفارة واحدة ، وإن نوى الاستئناف فكفارتان في الأظهر.

رابعاً ـ أنواع الكفارة وترتيبها :

الكفارة كما دل القرآن والسنة النبوية فيما سبق أنواع ثلاثة :

١ ـ عتق رقبة سالمة من العيوب ، صغيرة أم كبيرة ، ذكر أم أنثى .

---

(١) بداية المجتهد : ١١٣/٢ ، المغني : ٣٨٦/٧ ، مغني المحتاج : ٣٥٨/٣ .

٢ً ـ صيام شهرين متتابعين .

٣ً ـ إطعام ستين مسكيناً ، يوماً واحداً ، غداء وعشاء عند الحنفية .

وهي واجبة على الترتيب ، فالإعتاق أولاً ، فإن لم يكن بأن عجز عنه فالصيام ، فإن لم يكن بسبب العجز عنه فالإطعام ، والمعتبر في العجز عند الجمهور : وقت الأداء . وعند الحنابلة وقت الحنث .

أما إعتاق الرقبة[1] : فهي الواجب الأول على المظاهر القادر على الإعتاق لا يجزئه غيره بالاتفاق ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ ولقول النبي ﷺ لأوس بن الصامت حين ظاهر من امرأته في الحديث المتقدم : « يعتق رقبة ، قلت : لا يجد ، قال : فيصوم » وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك . فمن وجد رقبة يستغني عنها ، أو وجد ثمنها فاضلاً عن حاجته ، ووجدها به ، لم يجزئه إلا الإعتاق .

واتفق الفقهاء أيضاً على أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب الضارة بالعمل ضرراً بيِّناً ؛ لأن المقصود تمليك العبد منافع نفسه ، وتمكينه من التصرف لنفسه ، ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً واضحاً ، فلا يجزئ الأعمى ، ولا المقعد ، ولا المقطوع اليدين أو الرجلين ، لفوات جنس المنفعة ، فيكون المعتق هالكاً حكماً ، إذ لا يتهيأ له كثير من العمل مع تلف هذه الأعضاء . ولا يجزئ المجنون جنوناً مطبقاً ؛ لأنه وجد فيه المعنيان : ذهاب منفعة الجنس ، وحصول الضرر بالعمل .

ويجزئ عند الحنفية : المقطوع إحدى اليدين والرجلين ، والمقطوع الأذنين

---

(١) الدر المختار : ٧٩٦/٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٢٣٣/٣ ـ ٢٣٦ ، اللباب : ٧٠/٣ ، الشرح الصغير : ٦٤٥/٢ ـ ٦٤٩ ، بداية المجتهد : ١١٠/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٣ ، مغني المحتاج : ٣٦٠/٣ وما بعدها ، المهذب : ١١٤/٢ وما بعدها ، المغني : ٣٥٩/٧ ـ ٣٦٢ ، كشاف القناع : ٤٣٨/٥ ـ ٤٤٢ .

والأنف، والأصم إن سمع الصياح، والأعور والأعمش والخصي والمجبوب، لأنه ليس بفائت جنس المنفعة، وإنما يخل بكمالها وهو لا يمنع. ولا يجوز مقطوع إبهام اليدين؛ لأن قوة البطش بهما، ولا يجزئ عندهم الأخرس، والأصم الذي لا يسمع الصياح؛ لزوال جنس المنفعة، فأشبه زائل العقل.

ولا يجزئ عند الجمهور غير الحنفية المقطوع إحدى اليدين أو الرجلين، إلا أن الشافعية أجازوا فاقد إحدى اليدين، لا فاقد رِجْل.

ولا يجزئ عند المالكية مقطوع أصبع فأكثر، أو أذن، ولا الأعمى، ويجزئ الأعور، ولا يجزئ الأبكم (الأخرس) ولا الأصم، ولا المجنون، ولا المريض المشرف على الهلاك بسبب جذام وبرص وعرج وهرم شديدين.

ولا يجزئ عند الشافعية المريض الزمِن، وفاقد رجل، أو خِنصر وبِنصر من يد، أو أنملتين من غيرهما؛ لأن فقدهما مضر، وأنملة إبهام، لأن فقدها يضر، لتعطل منفعتها فأشبه قطعها، ولا يجزئ هَرِم عاجز، ومن أكثر وقته مجنون ومريض لا يرجى برء علته. ويجزئ عندهم صغير، وأقرع، وأعرج يمكنه متابعة المشي، وأعور، وأصم، وأخرس، وأخشم (فاقد الشم) وفاقد أنفه وأذنيه وأصابع رجليه، ولا يجزئ عتق عبد مغصوب؛ لأنه ممنوع من التصرف في نفسه، فهو كالمريض الزمِن.

ولا يجزئ عند الحنابلة مقطوع اليد أو الرجل، ولا أشلها، ولا مقطوع إبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى؛ لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء. ولا يجزئ مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة؛ لأن نفع اليدين يزول أكثره بقطعهما. وإن قطعت كل واحدة من يد، جاز؛ لأن نفع الكفين باق. وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها، فهم كالشافعية فيما عدا مقطوع اليد.

ويجزئ عندهم الأعور اتفاقاً مع غيرهم، ويجزئ مقطوع الأنف والأصم إذا فهم الإشارة، ويجزئ الأخرس إذا فهمت إشارته وفهم بالإشارة. ويجزئ المريض بمرض

يرجى برؤه، ولا يجزئ غير مرجو البرء، ولا يجزئ عتق المغصوب؛ لأنه لا يقدر على تمكينه من منافعه، ولا يجزئ غائب غيبة منقطعة لا يعلم خبره؛ لأنه لا يعلم حياته، فلا يعلم صحة عتقه.

واختلف الفقهاء في اشتراط الإيمان في الرقبة على قولين:

يرى الحنفية: أنه لا يشترط إيمان الرقبة في كفارة الظهار وكذا في كفارة اليمين، فيصح إعتاق الكافر أو مباح الدم، عملاً بإطلاق النص القرآني: ﴿ فتحرير رقبة ﴾.

ويرى الجمهور: أنه يشترط إيمان الرقبة في هذه الكفارة وفي كفارة اليمين، فيجب أن تكون مسلمة، ولا يجزئ الكافر؛ لأنه تكفير بعتق، فلم يجز إلا مؤمنة مثل كفارة القتل، والمطلق يحمل على المقيد قياساً إذا وجد المعنى فيه، ولأنه إذا كان لا يجوز إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً، وقيدنا النص القرآني بهذا القيد، فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى.

وسبب الخلاف: قضية حمل المطلق على المقيد، فقد قيد القرآن الرقبة بالإيمان في كفارة القتل، وأطلقها في كفارة الظهار، فيجب عند الجمهور صرف المطلق إلى المقيد. ولا يجب عند الحنفية، ويعمل بكل نص على حدة، حتى لا يزاد على النص ما ليس منه.

وأما صيام شهرين متتابعين:

فقد أجمع أهل العلم[1] على أن المظاهر إذا لم يجد رقبة بأن عجز عن ثمنها، أو وجدها بأكثر من ثمن المثل، وقدر على الصوم: أن فرضه صيام شهرين متتابعين. ولو

---

(١) الدر المختار: ٧٩٨/٢ وما بعدها، ٨٠٤ - ٨٠٥، اللباب: ٧٢/٣، الشرح الصغير: ٦٤٩/٢ - ٦٥٣، مغني المحتاج: ٣٦٤/٣ - ٣٦٥، المهذب: ١١٦/٢ وما بعدها، المغني: ٣٦٢/٧ - ٣٦٨، ٣٧٧، كشاف القناع: ٤٤٣/٥ - ٤٤٨، غاية المنتهى: ١٩٦/٣.

ثمانية وخمسين يوماً بالهلال، وإلا فستين يوماً، لقول الله تعالى: ﴿فمن لم يجد، فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾.

ولحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر، قال فيه النبي ﷺ لمن واقع امرأته بعد الظهار وعجز عن الإعتاق: «فصم شهرين متتابعين».

ورأى الحنفية والمالكية: أنه متى وجد رقبة، لزمه إعتاقها، ولم يجز له الانتقال إلى الصيام، وإن كان محتاجاً إليها لخدمة، أو محتاجاً إلى ثمنها لقضاء دين؛ لأنه واجد حقيقة.

وخالفهم الشافعية والحنابلة: فأجازوا له الانتقال إلى الصيام إن كان محتاجاً للرقبة لخدمة أو قضاء دين أو نفقة أو أثاث لا بد منه، أو لم يجد رقبة يشتريها؛ لأن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل، كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم. ويعتبر اليسار الذي يلزم به الإعتاق في أظهر الأقوال عند الشافعية والمالكية: هو وقت الأداء والإخراج، لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها، فاعتبر حال أدائها كالصوم والتيمم والقيام والقعود في الصلاة. والمعتبر عند الحنابلة: وقت وجوب الكفارة.

التتابع في الصوم: وأجمع أهل العلم أيضاً على وجوب التتابع في صيام كفارة الظهار، للنص القرآني، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر، ثم قطعه لغير عذر وأفطر: أن عليه استئناف الشهرين، لورود لفظ الكتاب والسنة به.

ومعنى التتابع: الموالاة بين صيام أيام الشهرين، فلا يفطر فيها، ولا يصوم عن غير الكفارة، ولا يحتاج التتابع عند الجمهور إلى نية، ويكفي فعله؛ لأنه شرط، وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية، وإنما تجب النية لأفعال العبادة. وقال المالكية: لا بد من نية التتابع ونية الكفارة.

فإن بدأ الصيام في أثناء شهر، حسب الشهر الذي بعده عند الشافعية والمالكية

والحنابلة بالأهلّة . وأما عند الحنفية : إن لم يكن صومه في أول الشهر برؤية الهلال بأن غم أو صام في أثناء شهر، فإنه يصوم ستين يوماً .

ولتحقيق التتابع قال الحنفية : ويختار صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان، ولا يوم الفطر، ولا يوم النحر، ولا أيام التشريق .

فإن جامع الرجل المرأة التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً، أو نهاراً ناسياً، استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس، وهذا الشرط يزول بالجماع، في خلال الصوم، فيستأنف . ولا يستأنف في الإطعام إن وطئها في خلاله، لإطلاق النص في الإطعام، وتقييده بكونه ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾ في تحرير الرقبة والصيام .

واتفق الحنفية على أن المظاهر إن أفطر يوماً من الشهرين بعذر إلا الحيض، كسفر ومرض ونفاس، بخلاف الحيض لتعذر الخلو عنه، أو بغير عذر، استأنف فبدأ الصوم من جديد أيضاً، لفوات التتابع وهو قادر عليه .

ومذهب المالكية قريب من رأي الحنفية : إن قطع التتابع ولو في اليوم الأخير من الشهر، وجب الاستئناف . وينقطع تتابع الصوم بوطء المظاهر امرأته المظاهر منها ليلاً أو نهاراً، ناسياً أو عامداً، كما يبطل الإطعام بوطء المظاهر منها في أثنائه، ولو لم يبق عليه إلا مدّ واحد، فإنه يبطل ويبتدئه، وهذا بخلاف رأي الحنفية .

وينقطع التتابع بالفطر في السفر من غير ضرورة، وبمجيء العيد في أثناء الشهرين إن علم أنه يأتي في أثناء صومه، أما إن جهل إتيان ال يد في أثناء صومه، فلا يبطل التتابع، وصام بعد العيد بيومين، بناء على المعتمد عندهم : أن المسلم لا يصوم يوم العيد وما بعده فقط، وكذا لا ينقطع التتابع إذا جهل وقت مجيء رمضان .

ولا ينقطع التتابع بالمرض، وبالفطر سهواً، وبالإكراه على الفطر، وبظن غروب شمس أو ببقاء ليل فأكل أو شرب، وبحيض أو نفاس .

وينقطع التتابع لدى الشافعية مثل المالكية بإفطار يوم بلا عذر، أو بعذر كمرض مسوغ للفطر في المذهب الجديد، ولا ينقطع التتابع في الصوم بحيض، أو نفاس على الصحيح، أو جنون على المذهب. ويلاحظ أن طروّ الحيض والنفاس إنما يتصور في كفارة قتل لا ظهار، إذ لا يجب على النساء. وإن جامع المظاهر بالليل قبل أن يكفر أثم؛ لأنه جامع قبل التكفير، ولا يبطل التتابع بالجماع؛ لأن جماعه لم يؤثر في صوم رمضان، فلم يقطع التتابع كالأكل بالليل.

وأيسر المذاهب وأولاها مذهب الحنابلة القائلين: إن أفطر في الشهرين بعذر بنى على ما مضى، وإن أفطر من غير عذر ابتدأ من جديد.

فينقطع التتابع بفطر بلا عذر، أو لجهل، أو لأنه نسي وجوب التتابع، أو ظن أنه أتم الشهر، فبان بخلافه، أو صام أثناء الشهرين تطوعاً، أو قضاء عن رمضان، أو صام عن نذر أو كفارة أخرى؛ لأنه قطعه بشيء يمكنه التحرز منه، فأشبه ما لو أفطر من غير عذر. وينقطع التتابع أيضاً إذا وطئ المظاهر منها ليلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً، فيفسد ما مضى من صيامه، وابتدأ صوم الشهرين، لكن لو وطئ في أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة ما مضى منه، كما قال الحنفية والشافعية.

ولا ينقطع التتابع بصوم رمضان، أو فطر واجب كعيد وحيض ونفاس وجنون، ومرض مخوف، وحامل ومرضع أفطرتا خوفاً على أنفسهما، أو فطر لعذر يبيحه كمرض وسفر غير مخوف، وحامل ومرضع لضرر ولدهما، ومكره ومخطئ، كمن ظن أن الفجر لم يطلع أو الشمس لم تغرب، فبان بخلافه.

والخلاصة: أنه ينقطع التتابع بوطء المظاهر امرأته قبل إتمام الصيام ناسياً في النهار أو متعمداً في الليل في رأي الحنفية والمالكية؛ لأن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس، وأن يكون خالياً عنه بالضرورة بالنص القرآني؛ ولا ينقطع التتابع بالوطء نهاراً ناسياً، أو عمداً في الليل في رأي الشافعية والحنابلة، فلا يوجب الاستئناف، بسبب العذر.

وأما إطعام ستين مسكيناً :

فقد أجمع أهل العلم[1] على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة، ولم يستطع الصيام: أن فرضه إطعام ستين مسكيناً، على ما أمر الله تعالى في كتابه، وجاء في سنة نبيه ﷺ، سواء عجز عن الصيام لهرم أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو لحوق مشقة شديدة، أو لشبق فلا يصبر فيه عن الجماع، فإن أوس بن الصامت لما أمره رسول الله ﷺ بالصيام قالت امرأته: «يا رسول الله، إنه شيخ كبير، ما به من صيام، قال: فليطعم ستين مسكيناً» ولما أمَر سلمة بن صخر بالصيام قال: «وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: فأطعم» فنقله إلى الإطعام لما أخبر أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام، وقيس على هذين ما يشبههما في معناهما. ولا يجوز أن ينتقل عن الصوم لأجل السفر؛ لأن السفر لا يعجزه عن الصيام، وله نهاية ينتهي إليها، وهو من أفعاله الاختيارية.

والمرض الذي يبيح الانتقال عن الصيام إلى الإطعام: هو عند الجمهور الذي لا يرجى برؤه. وعند الحنابلة: هو الذي لا يرجى برؤه أو مرجو الزوال، لدخوله في قوله تعالى: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾ ولأنه لا يعلم أن له نهاية، فأشبه الشبق.

ما يتعلق بالإطعام: قدر الطعام، وكيفيته، وجنس الطعام، ومستحقه.

قدر الطعام:

للفقهاء آراء ثلاثة في مقدار الطعام في الكفارات كلها وهي ما يأتي:

---

(١) الدر المختار: ٨٠١/٢ ـ ٨٠٤، اللباب: ٧٣/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٤٣، الشرح الصغير: ٦٥٤/٢ وما بعدها، بداية المجتهد: ١١٢/٢، مغني المحتاج: ٣٦٦/٣، المهذب: ١١٧/٢، المغني: ٣٦٨/٧ ـ ٣٧٦، غاية المنتهى: ١٩٧/٣ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٤٥/٥ ـ ٤٤٨.

١ - **رأي الحنفية :** يعطى لكل مسكين مدان أي نصف صاع من القمح ، وصاع من تمر أو شعير ، كالفطرة قدراً ومصرفاً ، لقول النبي ﷺ في حديث سَلَمَة بن صخر : « فأطعم وَسْقاً من تمر »[1] وفي رواية « فأطعم عَرَقاً من تمر ستين مسكيناً » والعَرَق والوسق : ستون صاعاً ، كما في رواية أبي داود : « والعَرَق : ستون صاعاً » والصاع (٢٧٥١ غم) .

٢ - **رأي المالكية :** يملِّك المكفِّر ستين مسكيناً ، لكل واحد مد وثلثان بمده ﷺ ، من القمح إن اقتاتوه ، فلا يجزئ غيره من شعير أو ذرة أو غيرهما ، فإن اقتاتوا غير القمح فما يعدله شبعاً لا كيلاً ، ولا يجزئ الغداء والعشاء إلا أن يتحقق بلوغهما مداً وثلثين .

٣ - **رأي الشافعية والحنابلة :** إن قدر الطعام في الكفارات كلها وفي فدية الصوم والفطرة مُدّ من قمح لكل مسكين ، أو نصف صاع من تمر أو شعير ، لما روى أبو داود بإسناده عن أوس بن الصامت : « أن النبي ﷺ أعطاه - يعني المظاهر - خمسة عشر صاعاً من شعير : إطعامَ ستين مسكيناً » لكنه حديث مرسل عن عطاء عن أوس . أما المد فهو : خمس أواق إلا خمساً بالرطل الدمشقي ، أو هو ٦٧٥ غم .

كيفية الإطعام :

للفقهاء رأيان :

١ - **مذهب الحنفية :** الضابط عندهم أن ما شرع بلفظ « إطعام وطعام » جاز فيه الإباحة ، وما شرع بلفظ « إيتاء وأداء » شرع فيه التمليك . وبناء عليه يكون الإطعام في الكفارات إما بالتمليك ، أو بالإباحة غداء وعشاء ، أو غداء وقيمة عشاء أو

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وغيرهما .

بـالعكس بشرط إدام مع خبز شعير وذرة ، لا مع خبز قمح ، فيجوز الجمع بين الإبـاحـة والتمليك ؛ لأنه جمع بين شيئين جائزين على الانفراد ، سواء أكلوا قليلاً أو كثيراً . فـإن أعطى مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه ، وإن أعطـاه في يوم واحـد ، لم يُجْزه إلا عن يومه .

ويجوز عنـدهم[1] دفـع القيمـة في الـزكاة ، والعُشْر ، والخَراج ، والفِطْرة ، والنَّـذْر ، والكفـارة غير الإعتـاق . وتعتبر القيمـة يوم الوجوب عنـد الإمـام أبي حنيفـة ، وقـال الصاحبان : يوم الأداء . وفي السوائم : يوم الأداء باتفاقهم ، ويقوَّم في البلد الـذي فيـه المال ، أما في المفازة فيقوم في أقرب الأمصار إليه .

وسبب جواز دفع القيمة : أن المقصود سد الخَلَّة ودفع الحاجـة ، ويوجـد ذلـك في القيمة .

٢ـ مذهب الجمهور : الواجب تمليك كل إنسان من المساكين القدر الواجب لـه من الكفارة ، ولا يجزئ الغداء والعشاء بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ، إلا أن المالكية قالوا : يجزئ الغداء والعشاء إن تحقق بلوغهما مداً وثلثين ، كما بينا .

ودليلهم أن المنقول عن الصحابة إعطـاء المسـاكين ، وقـال النبي ﷺ لكعب في فدية الأذى بالحج : « أطعم ثلاثـة آصع من تمر بين ستـة مسـاكين » ولأنـه مـال وجب للفقراء شرعاً ، فوجب تمليكهم إياه كالزكاة .

ويشترط العدد عند الفقهاء لآية الظهار ، فلو أطعم ثلاثين مسكيناً طعـام ستين لم يجزه . وقال الشافعية والحنابلة : لو أعطى مسكيناً مدين من كفارتين في يوم واحد أجزأه ؛ لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب ، فأجزأ ، كما لو دفع إليـه المـدّين في يومين . واشترط الحنفيـة أن يكـون الإعطـاء متكرراً ، فلـو أطعم ستين مسكينـاً كل

---

(١) الكتاب مع اللباب : ١/١٤٧ ، ٣/٧٣ .

واحد صاعاً من قمح بدفعة واحدة عن ظهارين، صح عن ظهار واحد، فإن كان بدفعات جاز عن الظهارين؛ لأنه في المرة الثانية كمسكين آخر.

ولا تجزئ القيمة عندهم (أي الجمهور) في الكفارة، عملاً بالنصوص الآمرة بالإطعام.

وقد عرفنا أنه لا يجب التتابع في الإطعام عند الحنفية والشافعية والحنابلة، فلو وطئ في أثناء الإطعام، لم تلزمه إعادة ما مضى منه؛ لأنه وطئ في أثناء ما لا يشترط التتابع فيه، فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها، أو كالوطء في كفارة اليمين، فيختلف الإطعام عن الصيام.

وسوَّى المالكية بين الإطعام والصيام، فاشترطوا التتابع فيهما، فلو وطئ في أثناء كفارة الظهار بهما، وجب الاستئناف فيهما.

جنس الطعام:

المجزئ في الإطعام عند الجمهور غير المالكية: ما يجزئ في الفطرة: وهو البُرّ والشعير ودقيقهما والتمر والزبيب، سواء أكان قوت المظاهر أم لم يكن، ولا يجزئ عند الحنابلة في الراجح غير ما ذكر، ولو كان قوت بلده، إلا إذا عدمت تلك الأقوات فيجوز إخراج نحو ذرة ودخن، ولا يجزئ أن يغدي المساكين أو يعشيهم أو يدفع لهم القيمة؛ لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف على ما جاء في الأحاديث السابقة، فلم يجز غيرها، كما لو لم يكن قوت بلده.

ويجب عند الشافعية على المذهب الإطعام من الحبوب والثمار التي تجب فيها الزكاة؛ لأن الأبدان بها تقوم، ويجب من غالب قوت بلد المظاهر، لأن المعتبر في الزكاة بماله، ولقوله تعالى: ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ والأوسط: الأعدل، وأعدل ما يطعم أهله: قوت البلد.

وأوجب المالكية الإطعام من القمح إن اقتاتوه، فلا يجزئ غيره من شعير أو ذرة أو غيرهما. فإن اقتاتوا غير البُرّ (القمح) فما يعدله شبعاً لا كيلاً. ولا يجزئ الغداء والعشاء إلا أن يتحقق بلوغهما مداً وثلثين.

والواجب عند الحنفية ما يجب في الفطرة: وهو البر أو التمر أو الشعير، ودقيق كل واحد كأصله كيلاً، أي نصف صاع في دقيق الحنطة، وصاع في دقيق الشعير، وقيل: المعتبر في الدقيق القيمة لا الكيل. ويجوز إخراج القيمة من غير هذه الأصناف، كما بينا.

مستحق الإطعام:

مستحق الكفارة: هو مستحق الزكاة عند الجمهور من المساكين والفقراء، لقوله تعالى: ﴿ فإطعام ستين مسكيناً ﴾ فلا يجوز دفعها لكافر، وإنما يشترط أن يكون مسلماً، كالزكاة، ويجوز صرفها إلى الصغير والكبير ولو لم يأكل الطعام عند الحنابلة؛ لأنه مسلم محتاج أشبه الكبير، لكن يقبضها ولي الصغير؛ لأن الصغير لا يصح منه القبض.

ومستحق كفارة الظهار في رأي الحنفية: هو مستحق الفطرة، فلا يجوز إطعام أصله وفرعه وأحد الزوجين، ويجوز إطعام الذمي، لا الحربي ولو مستأمناً.

خامساً ـ شرط الكفارة:

اتفق فقهاء المذاهب[1] على أن النية شرط لصحة الكفارة، بأن ينوي العتق أو الصوم أو الإطعام الواجب عليه عن الكفارة، أي بنية مقارنة للتكفير أو قبله بيسير، لأن الكفارة حق مالي يجب تطهيراً، كالزكاة، والأعمال بالنيات.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٧٩٦/٢، الشرح الصغير: ٦٥٠/٢، مغني المحتاج: ٣٥٩/٣، المهذب: ١١٨/٢، المغني: ٣٨٧/٧.

سادساً- من وطئ قبل أن يكفر:

اتفق الفقهاء على أن من وطئ قبل أن يكفر عصى ربه وأثم، لمخالفة أمره تعالى، وتستقر الكفارة في ذمته، فلا تسقط بعدئذ بموت ولا طلاق ولا غيره، إلا بعد الطلاق الثلاث عند المالكية كما سبق، ويظل تحريم زوجته عليه باقياً حتى يكفر. لكن اختلفوا في تأثير الوطء أثناء التكفير، فأطلق المالكية[1] القول في أنواع الكفارة، فمن وطئ قبل أن يكفر عن ظهاره، سواء بالعتق أو بالصوم أو بالإطعام، وسواء أكان الوطء ليلاً أم نهاراً، عامداً أم ناسياً، ولو في أثناء الإطعام، ولو لم يبق عليه إلا مد واحد، فإنه يحرم ويبطل ويبتدئ الكفارة من جديد. وأما وطء غير المظاهر منها فلا يضر في صيام إن وقع ليلاً، ولا في إطعام وعتق.

ورأى الشافعية[2] أن المظاهر إن جامع أثناء الصيام ليلاً قبل أن يكفر، أثم؛ لأنه جامع قبل التكفير، ولا يبطل تتابع الصيام؛ لأن جماعه لم يؤثر في الصوم المفروض، فلم يقطع التتابع، كالأكل بالليل. وكذا إن جامع أثناء الإطعام، لا يبطل ما مضى.

وفصل الحنفية والحنابلة[3] في الأمر، فقالوا: إن وطئ المظاهر امرأته المظاهر منها في أثناء الصوم، أفسد ما مضى من صيامه، واستأنف الصوم، أي ابتدأ صيام الشهرين من جديد. أما إن وطئ أثناء الإطعام فلا تلزمه إعادة ما مضى، وسبب التفرقة بين الصوم والإطعام: إطلاق النص القرآني في الإطعام: ﴿ فإطعام ستين مسكيناً ﴾ دون تقييده بكونه قبل التماس، وتقييده في تحرير الرقبة والصيام بكونهما قبل التماس في قوله سبحانه في الحالتين: ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾.

---

(١) الشرح الصغير: ٦٥١/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٤٢.

(٢) المهذب: ١١٧/٢.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٨٠٠/٢ وما بعدها، المغني: ٣٦٧/٧، ٣٨٣.

المطلب الخامس ـ انتهاء حكم الظهار:

الظهار إما مؤقت أو مطلق مؤبد، ويختلف حكم انتهاء أحدهما عن الآخر[1]:

أ ـ فإن كان الظهار مؤقتاً، كأن يقول الرجل لزوجته: «أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة» ينتهي بانتهاء الوقت بدون كفارة عند الجمهور؛ لأن الظهار كاليمين يتوقت، وينتهي بانتهاء أجله، بعكس الطلاق لا يحله شيء فلا يتوقت. وقال المالكية: يبطل التأقيت ويتأبد الظهار، ولا ينحل إلا بالكفارة، قياساً على الطلاق، وإذا كان تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت، فكذا تحريم الظهار مثله.

ب ـ وإن كان الظهار مؤبداً أو مطلقاً: فينتهي حكم الظهار أو يبطل بالاتفاق بموت أحد الزوجين، لزوال محل حكم الظهار، ولا يتصور بقاء الشيء في غير محله.

ولا يبطل حكم الظهار عند الجمهور غير المالكية بالطلاق الرجعي أو البائن أو الثلاث، ولا بالردة عن الإسلام في قول أبي حنيفة، حتى لو تزوجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الأول، فلا يحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة؛ لأن الظهار قد انعقد موجباً حكمه وهو الحرمة، فيبقى على ما انعقد عليه، وهو ثبوت حرمة لا ترتفع إلا بالكفارة.

أما عدم المطالبة بالكفارة فيتم بالموت أو بالفراق عند الجمهور غير الشافعية[2]، فلو مات أحد المظاهرين، أو فارق الزوج زوجته قبل العود، فلا كفارة عليه، لقوله تعالى: ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم، ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ فأوجب الكفارة بأمرين: ظهار وعود، فلا تثبت بأحدهما، ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين، فلا تجب الكفارة قبل الحنث كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود (أي العزم على الوطء).

---

(١) البدائع: ٢٣٥/٣.

(٢) المغني: ٣٥١/٧ ومابعدها.

وقال الشافعي : متى أمسك الرجل المظاهر منها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه ، فلم يطلقها ، فعليه الكفارة ؛ لأن ذلك هو العود عنده .

المبحث العاشر ـ التفريق بسبب الردة أو إسلام أحد الزوجين :

أثر الارتداد :

أ ـ إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام ، وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك ، ولا حاجة لتفريق القاضي ، وإنما ينفسخ الزواج بينهما فسخاً .

وقال الشافعية والحنابلة : يتوقف فسخ النكاح على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت المرأة منذ اختلف الدينان . ورأى الجعفرية أن الردة من أحد الزوجين قبل الدخول تفسخ الزواج في الحال . وتتوقف على انقضاء العدة بعد الدخول .

فإن كان الزوج هو المرتد ، وكان قد دخل بزوجته ، فلها كمال المهر ؛ لأنه قد استقر بالدخول . وإن كان لم يدخل بها بعدُ ، فلها نصف المهر ؛ لأنها فرقة حصلت من الزوج قبل الدخول ، وهي فُرقة تنصِّف المهر .

وإن كانت المرأة هي المرتدة ، وكانت الردة قبل الدخول ، فلا مهر لها ؛ لأنها منعت المعقود عليه بالارتداد ، فصارت كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض . وإن كانت الردة بعد الدخول بها ، فلها المهر كاملاً ؛ لأن الدخول في دار الإسلام لا يخلو عن عَقْر (حد) أو عُقر (مهر) .

ب ـ وإن ارتد الزوجان معاً ، أو لم يعلم سبق أحدهما ، ثم عادا إلى الإسلام معاً ، فهما على نكاحهما استحساناً ، لعدم اختلاف دينهما[1] .

---

(١) الكتاب مع اللباب : ٢٨/٣ ، المغني : ٦٣٩/٦ ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ٢٠٣ .

جـ- ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة ؛ لأنه مستحق للقتل . وكذلك المرتدة لا يجوز أن يتزوجها مسلم ولا كافر ولا مرتد لأنها عند الحنفية محبوسة للتأمل[1] .

أثر الإسلام :

أ- إذا أسلمت المرأة ، وزوجها كافر ، عَرَض عليه القاضي الإسلام ، فإن أسلم فهي امرأته ، لعدم طروء ما ينافي بقاء الزواج . وإن أبى عن الإسلام ، فرَّق القاضي بينهما ، لعدم جواز بقاء المسلمة عند الكافر . وكان التفريق طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هي فُرْقة بغير طلاق[2] .

ب- وإن أسلم الزوج المتزوج مجوسية ، عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهي امرأته ، وإن أبت عن الإسلام فرَّق القاضي بينهما ، لأن نكاح المجوسية حرام مطلقاً ، ولم تكن هذه الفرقة طلاقاً ؛ لأن الفرقة بسبب من قبلها ، والمرأة ليست بأهل للطلاق .

فإن كان الزوج قد دخل بها ، فلها المهر المسمى ، لتأكده بالدخول ، فلا يسقط بعد الفرقة ، وإن لم يكن دخل بها ، فلا مهر لها ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها[3] .

جـ- وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب ، لم تقع الفُرْقة عليها حتى تنقضي عدتها بأن تحيض ثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض ، أو تمضي ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر ، أو تضع حملها إن كانت حاملاً ، وتلك عدتها ؛ لأن إسلام زوجها

---

(١) المرجع السابق : ٢٩/٣ ، فتح القدير : ٥٠٥/٢ .

(٢) الكتاب مع اللباب : ٢٦/٣ ، فتح القدير : ٥٠٧/٢ وما بعدها .

(٣) اللباب : ٢٦/٣ .

مرجو، والعرض عليه متعذر، فنزل منزلة الطلاق الرجعي، فإذا انقضت عدتها، بانت من زوجها[1].

أما إذا خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام من دار الحرب مسلماً، فتقع الفرقة بينهما عند الحنفية[2]، لاختلاف الدارين حقيقة وحكماً، وتباين الدارين ينافي انتظام المصالح الزوجية، كما تتنافى بسبب قيام القرابة المَحْرمية.

وخالفهم الجمهور، فلم يحكموا بوقوع الفرقة لتباين الدارين؛ لأن أثر التباين في انقطاع الولاية (أي سقوط مالكيته عن نفسه وماله)، لا في إحداث الفرقة كالحربي المستأمن الذي دخل دارنا بأمان، والمسلم المستأمن إذا دخل دار الحرب بأمان، لا تقع فرقة في زواجهما.

د- وإذا أسلم زوج الكتابية، فهما على نكاحهما؛ لأنه يصح الزواج بينهما ابتداء من الأصل، فيكون بقاء الزواج بينهما أولى.

---

(١) المرجع السابق: ٢٧/٣، فتح القدير: ٥٠٨/٢وما بعدها.

(٢) المبسوط: ٥٠/٥، البحر الرائق: ٣١٣/٣.

الفصل الرّابع

العدة والاستبراء

العدة : يشتمل بحث العدة على المباحث الخمسة التالية :

الأول ـ تعريف العدة وحكمها الشرعي ، وحكمتها ، وسبب وجوبها ، وركنها .

الثاني ـ أنواع العدة ومقاديرها .

الثالث ـ تحول العدة أو انتقالها وتغيرها .

الرابع ـ وقت ابتداء العدة ، وما يعرف به انقضاؤها .

الخامس ـ أحكام العِدَد أو حقوق المعتدة وواجباتها .

المبحث الأول ـ تعريف العدة ، وحكمها الشرعي ، وحكمتها ، وسبب وجوبها ، وركنها :

معنى العدة : العِدَّة بكسر العين جمع عِدَد ، وهي لغة : الإحصاء ، مأخوذة من العَدَد لاشتمالها على عدد الأقراء أو الأشهر غالباً ، يقال : عددت الشيء عِدَّة : أحصيته إحصاء . وتطلق أيضاً على المعدود ، يقال : عدة المرأة : أيام أقرائها .

واصطلاحاً في رأي الحنفية[1] : مدة محددة شرعاً لانقضاء ما بقي من آثار الزواج . وبعبارة أخرى : تربص (أي انتظار) يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته . وبنوا على تعريفهم القول بتداخل العدتين سواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين

---

(١) البدائع : ١٩٠/٣ ، الدر المختار : ٨٢٣/٢ ، اللباب : ٨٠/٣ .

ولو من رجلين، ومثال الجنس الواحد: إذا تزوجت المطلقة في عدتها، فوطئها الزوج، ثم تفرقا حتى وجبت عليها عدة أخرى، فإن العدتين يتداخلان. ومثال الجنسين: المتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة، تداخلت العدتان، وتعتد المرأة بثلاث حيضات من عدة الوطء.

وفي رأي الجمهور[1]: العدة: مدة تتربص فيها المرأة، لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها. فهي نفس التربص، فلا تتداخل العدتان من شخصين، وتمضي المرأة في العدة الأولى حتى نهايتها، ثم تبدأ بالعدة الأخرى، وتتداخل العدتان من شخص واحد ولو من جنسين.

ويمكن تعريف العدة بتعريف أوضح: هي مدة حددها الشارع بعد الفرقة، يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة.

فلا عدة على المزني بها في رأي الحنفية والشافعية خلافاً للمالكية والحنابلة.

ولا عدة على المرأة قبل الدخول اتفاقاً، لقوله تعالى: ﴿فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾. وعلى المدخول بها عدة إجماعاً، سواء أكان سبب الفرقة طلاقاً أم فسخاً، أم وفاة، وسواء أكان الدخول بعد عقد فاسد أم شبهة أم صحيح، وتجب أيضاً عند الجمهور غير الشافعية إذا طلق الرجل المرأة بعد الخلوة بها.

وتكون القاعدة: كل طلاق أو فسخ وجب فيه جميع الصداق وجبت العدة، وحيث سقط الصداق كله أو لم يجب إلا نصفه، سقطت العدة. ومن أمثلة الفسخ: الفسخ بسبب الرضاع أو العيب أو العتق أو اللعان أو اختلاف الدين.

حكمها الشرعي: العدة واجبة شرعاً على المرأة بالكتاب والسنة والإجماع[2]:

---

(١) الشرح الصغير: ٦٧١/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٣٥، مغني المحتاج: ٣٨٤/٣، كشاف القناع: ٤٧٦/٥، غاية المنتهى: ٢٠٩/٣، بداية المجتهد: ٨٨/٢.

(٢) المغني: ٤٤٨/٧.

أما الكتاب: فقوله تعالى في عدة الطلاق: ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ وفي عدة الوفاة: ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ وفي عدة الصغيرة والآيسة والحامل: ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم، فعدتهن ثلاثة أشهر، واللائي لم يحضن، وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ وآي أخرى.

وأما السنة: فقول النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، تحدُّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[1]، وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد عند ابن أم مكتوم[2]. وأحاديث أخرى.

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة، في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها.

هل على الرجل عدة؟ ليس على الرجل عدة بالمعنى الاصطلاحي، فيجوز له بعد الفرقة مباشرة أن يتزوج بزوجة أخرى، مالم يوجد مانع شرعي، كالتزوج بمن لا يحل له الجمع بين زوجته الأولى وبين قريباتها المحارم كالأخت، والعمة، والخالة، وبنت الأخ، وبنت الأخت ولو من زواج فاسد أو في شبهة عقد. وتزوج امرأة خامسة في أثناء عدة المرأة الرابعة التي فارقها حتى تنقضي عدتها، ونكاح المطلقة ثلاثاً قبل التحليل[3].

عدة المرأة غير المسلمة: اختلف الفقهاء في وجوب العدة على غير المسلمة على رأيين:

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أم سلمة، وفي لفظ آخر عندهما: «لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً» (نيل الأوطار: ٢٩٢/٦) والإحداد: منع المعتدة نفسها الزينة وبدنها الطيب، ومنع الخطّاب خطبتها.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، ومسلم بمعناه عن عبيد الله بن عبد الله بن عُتْبة (نيل الأوطار: ٣٠٢/٦).

(٣) رد المحتار: ٨٢٣/٢ ـ ٨٢٤.

فقال الحنفية : لا تجب العدة على المرأة غير المسلمة ذمية كانت أو حربية إلا إذا كانت كتابية زوجة لمسلم ، فتجب عليها العدة بالفراق ، رعاية لحق الزوج ؛ لأن العدة تجب حقاً لله تعالى ، ولحق الزوج ، والكتابية مخاطبة بحقوق العباد ، فتجب عليها العدة ، وتجبر عليها لأجل حق الزوج والولد ، منعاً من اختلاط الأنساب .

وإن جاء الزوج مسلماً ، وترك امرأته في دار الحرب ، فلا عدة عليها باتفاق الحنفية ؛ إذ لا حق لأحد الزوجين على الآخر في حال اختلاف الدارين ، ولأن أحكام الإسلام تطبق على أهل الذمة ، لا على الحربيين .

وقال الجمهور: تجب العدة على الذمية ، سواء أكانت زوجة لمسلم أم لذمي ، لعموم الآيات الآمرة بالعدة .

وحكمة العدة : إما التعرف على براءة الرحم ، أو التعبد ، أو التفجع على الزوج ، أو إعطاء الفرصة الكافية للزوج بعد الطلاق ليعود لزوجته المطلقة . ففي الطلاق البائن ، والتفريق لفساد الزواج أو الوطء بشبهة يقصد من العدة استبراء رحم المرأة للتأكد من عدم وجود حمل من الرجل ، منعاً من اختلاط الأنساب ، وصون النسب . فإذا كان الحمل موجوداً تنتهي العدة بوضع الحمل لتحقق الهدف المقصود من العدة . وإذا لم يتأكد من الحمل بعد الدخول بالمرأة ، وجب الانتظار للتعرف على براءة الرحم ، حتى بعد الوفاة .

وفي الطلاق الرجعي : يقصد بالعدة تمكين الرجل من العود إلى مطلقته خلال العدة ، بعد زوال عاصفة الغضب ، وهدوء النفس ، والتفكير بمتاعب ومخاطر ووحشات الفراق . وذلك حرصاً من الإسلام على إبقاء الرابطة الزوجية ، وتنويهاً بتعظيم شأن الزواج ، فكما أنه لا ينعقد إلا بالشهود ، لا ينحل إلا بانتظار طويل الأمد .

وفي فرقة الوفاة : يراد من العدة تذكر نعمة الزواج ، ورعاية حق الزوج

وأقاربه، وإظهار التأثر لفقده، وإبداء وفاء الزوجة لزوجها، وصون سمعتها وحفظ كرامتها، حتى لا يتحدث الناس بأمرها، ونقد تهاونها، والتحدث عن خروجها وزينتها، خصوصاً من أقارب زوجها. قال الشافعية والحنابلة[1]: المقصود الأعظم من العدة حفظ حق الزوج دون معرفة البراءة، ولهذا اعتبرت عدة الوفاة بالأشهر، ووجبت العدة على المتوفى عنها زوجها التي لم يدخل بها تعبداً، مراعاة لحق الزوج.

سبب وجوب العدة:

تجب العدة في الجملة بأحد أمرين: طلاق أو موت. والفسخ كالطلاق[2]. وذلك بعد الدخول (الوطء) من زواج صحيح أو فاسد أو شبهة بالاتفاق، أو بعد استدخال ذكر زائد، أو أشل، أو إدخال مني الزوج؛ لأنه أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج ولاحتياجها لتعرف براءة الرحم، أو بعد خلوة صحيحة عند الجمهور غير الشافعية. وتجب العدة أيضاً عند المالكية والحنابلة بعد الزنا كالموطوءة بشبهة. وبناء عليه تجب العدة بأحد الأسباب التالية:

١ً ـ تجب العدة بالفرقة بعد الدخول من زواج صحيح أو فاسد، أو بعد الخلوة الصحيحة في رأي الجمهور غير الشافعية، سواء أكانت الفرقة في حال الحياة بسبب طلاق أو فسخ، أم بسبب الوفاة.

فإن كان الزواج فاسداً كزواج الخامسة أو المعتدة، فلا تجب العدة إلا بالدخول الحقيقي، ولا تجب عند الجمهور بالخلوة. وأوجب المالكية العدة بالخلوة بعد زواج فاسد، كما تجب بالدخول الحقيقي؛ لأن الخلوة مظنّة الوقاع.

---

(١) مغني المحتاج: ٣٩٥/٣، كشاف القناع: ٤٧٦/٥.

(٢) البدائع: ١٩١/٣ ـ ١٩٢، الدر المختار: ٨٢٤/٢ وما بعدها، ٨٤٦، الشرح الصغير: ٦٧١/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٣٥، مغني المحتاج: ٣٨٤/٣، ٣٩٥، المهذب: ١٤٢/٢، ١٤٥، المغني: ٤٤٩/٧ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٧٦/٥ وما بعدها.

ودليل الجمهور على وجوب العدة بالخلوة: ما رواه أحمد والأثرم عن زرارة بن أوفى قال: «قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً، فقد وجب المهر، ووجبت العدة».

ولا تجب العدة بالخلوة المجردة عن الوطء عند الشافعية في الجديد، لمفهوم الآية السابقة: ﴿ ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾.

٢ ـ وتجب العدة أيضاً بالاتفاق بالتفريق للوطء بشبهة، كالموطوءة في زواج فاسد؛ لأن وطء الشبهة والزواج الفاسد كالوطء في الزواج الصحيح في شغل الرحم ولحوق النسب بالواطئ، فكان مثله فيما تحصل به براءة الرحم، كيلا تختلط الأنساب والمياه. ومثال الوطء بشبهة: أن تزف امرأة إلى غير زوجها، وتقول النساء للرجل: إنها زوجتك، فيدخل بها بناء على قولهن، ثم يتبين أنها ليست زوجته.

ولا فرق في وجوب العدة بأحد السببين السابقين بين أن تكون الفرقة بسبب طلاق أو فسخ، فكل فرقة بين زوجين عدتها عدة الطلاق، سواء أكانت بخلع أم لعان أم رضاع أم فسخ بعيب أم إعسار أم اعتاق أم اختلاف دين أم غيره عند أكثر العلماء.

ولا فرق أيضاً بين أن يكون الوطء حلالاً، أم حراماً كوطء حائض ومحرمة بحج أو عمرة، ولا بين أن يكون الوطء في قبل، أو دبر على الأصح لدى الشافعية، وسواء أكان الواطئ عاقلاً أم لا، مختاراً أم لا، لفَّ على ذكره خرقة أو كيساً أم لا، بالغاً أم صبياً.

ولا عدة قبل الدخول بنص القرآن كما أوضحنا.

٣ ـ وتجب العدة كذلك بالاتفاق بعد وفاة الزوج في العقد الصحيح، ولو قبل الدخول أو الوطء أو كانت الزوجة صغيرة، أو زوجة صبي ولو رضيعاً أو زوجة ممسوح، لإطلاق الآيات القرآنية مثل: ﴿ والذين يتوفون منكم، ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾.

٤ ـ وأوجب المالكية والحنابلة خلافاً لغيرهم العدة على المزني بها كالموطوءة بشبهة ؛ لأنه وطء يقتضي شغل الرحم ، فوجبت العدة منه كوطء الشبهة .

ولم يوجبها غير هؤلاء ؛ لأن العدة لحفظ النسب ، ولا يلحق الزاني نسب بالزنا .

ركن العدة : أوضح الحنفية[(١)] ركن العدة بأنه التزام المرأة بحرمات ثابتة بسبب العدة يحرم عليها مخالفتها ، كحرمة التزوج بزوج آخر ، وحرمة الخروج من بيت الزوجية الذي طلقت فيه ، وصحة الطلاق في العدة ، وحرمة التزوج بأخت المطلقة ونحوها .

المبحث الثاني ـ أنواع العدة ومقاديرها :

العدة ثلاثة أنواع[(٢)] : عدة بالأقراء ، وعدة بالأشهر ، وعدة بوضع الحمل . والمعتدات ستة أنواع[(٣)] :

الحامل ، والمتوفى عنها زوجها ، وذات الأقراء المفارقة في الحياة ، ومن لم تحض لصغر أو إياس ـ المفارقة في الحياة ، من ارتفع حيضها ولم تدر سببه ، وامرأة المفقود . وعدة الطلاق ثلاثة أنواع[(٤)] :

ثلاثة قروء لمن تحيض ، وضع حمل الحامل ، ثلاثة أشهر لليائس والصغيرة .

المقصود بالقروء : القرء لغة مشترك بين الطهر والحيض ، ويجمع على أقراء وقروء وأقرء ، وللفقهاء رأيان في تفسير القروء[(٥)] :

---

(١) الدر المختار : ٨٢٥/٢ .

(٢) البدائع : ١٩١/٣ وما بعدها .

(٣) كشاف القناع : ٤٧٨/٥ ـ ٤٨٧ ، غاية المنتهى : ٢٠٩/٣ ـ ٢١٢ .

(٤) القوانين الفقهية : ص ٢٣٥ .

(٥) الكتاب للقدوري مع اللباب : ٨٠/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٥ ، مغني المحتاج : ٣٨٥/٣ ، المغني : ٤٥٢/٧ وما بعدها .

يرى الحنفية والحنابلة : أن المراد بالقرء : الحيض ؛ لأن الحيض مُعَرِّف لبراءة الرحم ، وهو المقصود من العدة ، فالذي يدل على براءة الرحم إنما هو الحيض لا الطهر ، ولقوله تعالى : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم ، فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائي لم يحضن ﴾ فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر ، فدل على أن الأصل الحيض ، كما قال تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ .

ولأن المعهود في الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبي ﷺ للمستحاضة : « دعي الصلاة أيام أقرائك »[1] وهو المعبر عن الله ، وبلغة قومه نزل القرآن ، وقال عليه السلام لفاطمة بنت أبي حبيش : « انظري ، فإذا أتى قرؤك فلا تصلي ، وإذا مرَّ قرؤك فتطهري ، ثم صلي ما بين القرء إلى القرء »[2] .

وقال ﷺ : « طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان »[3] ، فإذا اعتبرت عدة الأمة بالحيض ، كانت عدة الحرة كذلك .

ولأن ظاهر قوله تعالى : ﴿ يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ وجوب التربص ثلاثة كاملة ، ومن جعل القروء الأطهار ، لم يوجب ثلاثة ، لأنه يكتفي بطهرين وبعض الثالث ، فيخالف ظاهر النص . ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة ، فيوافق ظاهر النص ، فيكون أولى من مخالفته .

ولأن العدة استبراء ، فكانت بالحيض ، كاستبراء الأمة ، لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل ، والذي يدل عليه هو الحيض ، فوجب أن يكون الاستبراء به .

---

(١) رواه أبو داود والنسائي وروى ابن ماجه عن عائشة قالت : « أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض » وقال عليه السلام : « تجلس أيام أقرائها » (انظر نيل الأوطار : ٢٩٠/٦ وما بعدها) .

(٢) رواه النسائي ، وفيه منكر الحديث ، ورواه أيضاً ابن ماجه وأبو بكر الخلال في جامعه .

(٣) رواه أبو داود وغيره .

ويرى المالكية والشافعية: أن القرء هو الطهر؛ لأنه تعالى أثبت التاء في العدد «ثلاثة»، فدل على أن المعدود مذكر، وهو الطهر، لا الحيضة. ولأن قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ أي في وقت عدتهن، لكن الطلاق في الحيض محرَّم كما بينا في بحث الطلاق البدعي، فيصرف الإذن إلى زمن الطهر. وأجيب بأن معنى الآية مستقبلات لعدتهن.

ولأن القرء مشتق من الجمع، فأصل القرء الاجتماع، وفي وقت الطهر يجتمع الدم في الطهر، وأما الحيض فيخرج من الرحم. وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته.

وفائدة الخلاف: أنه إذا طلقها في طهر، انتهت عدتها في رأي الفريق الثاني بمجيء الحيضة الثالثة؛ لأنها يحتسب لها الطهر الذي طلقت فيه، ولا تخرج من عدتها إلا بانقضاء الحيضة الثالثة في رأي الفريق الأول، وقد روي عن عمر وعلي أنهما قالا: «يحل لزوجها الرجعة إليها، حتى تغتسل من الحيضة الثالثة» مما يؤيد رأي الفريق الأول.

والراجح لدي هو الرأي الأول، لاتفاقه مع الواقع والمقصود من العدة، فالنساء تنتظر عادة مجيء الحيض ثلاث مرات، فيتقرر انقضاء العدة، ولا تعرف براءة الرحم إلا بالحيض، فإذا حاضت المرأة تبين أنها غير حامل، وإذا استمر الطهر تبين غالباً وجود الحمل. وقد روى النيسابوري عن الإمام أحمد: «كنت أقول: إنه الأطهار، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض» ورجوعه عن رأي سابق يكون عادة لمسوغات أو مرجحات أقوى.

أسباب وشروط كل نوع من أنواع العدة[1]:

عرفنا أن العدة أنواع ثلاثة: عدة الأقراء، وعدة الأشهر، وعدة الحبل.

---

(١) البدائع: ١٩١/٣ ـ ١٩٢، مغني المحتاج: ٣٨٨/٣.

أولاً ـ عدة الأقراء : لها أسباب أهمها ثلاثة :

١ً ـ الفرقة في الزواج الصحيح ، سواء أكانت بطلاق أم بغير طلاق . وتجب هذه العدة لاستبراء الرحم ، وتعرف براءته من الشغل بالولد .

وشرط وجوبها : الدخول بالمرأة أو ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة عند غير الشافعية في الزواج الصحيح دون الفاسد عند الحنفية والحنابلة ، وفي الفاسد أيضاً عند المالكية ، فلا تجب هذه العدة بدون الدخول والخلوة الصحيحة .

٢ً ـ الفرقة في الزواج الفاسد بتفريق القاضي ، أو بالمتاركة . وشرطها الدخول عند الجمهور غير المالكية ، وتجب العدة أيضاً عند المالكية بالخلوة بعد زواج فاسد .

٣ً ـ الوطء بشبهة العقد : بأن زفت إلى الرجل غير امرأته ، فوطئها ؛ لأن الشبهة تقوم مقام الحقيقة في حال الاحتياط ، وإيجاب العدة من باب الاحتياط .

ثانياً ـ عدة الأشهر : نوعان : نوع يجب بدلاً عن الحيض ، ونوع يجب أصلاً بنفسه . أما العدة التي تجب بدلاً عن الحيض بالأشهر : فهي عدة الصغيرة ، والآيسة ، والمرأة التي لم تحض أصلاً ، بعد الطلاق . وسبب وجوبها : الطلاق لمعرفة أثر الدخول ، وهو سبب وجوب عدة الأقراء المتقدمة .

وشرط وجوبها شيئان :

أحدهما ـ الصغر أو الكبر أو فقد الحيض أصلاً .

والثاني ـ الدخول ، أو الخلوة الصحيحة عند غير الشافعية ، في النكاح الصحيح ، وكذا في النكاح الفاسد عند المالكية .

وأما عدة الأشهر الأصلية بنفسها : فهي عدة الوفاة . وسبب وجوبها الوفاة ، إظهاراً للحزن بفوات نعمة الزواج . وشرط وجوبها : الزواج الصحيح فقط ، فتجب

هذه العدة على المتوفى عنها زوجها، سواء أكانت مدخولاً بها أم غير مدخول بها، وسواء أكانت ممن تحيض أم ممن لا تحيض.

ثالثاً ـ عدة الحبل: هي مدة الحمل، وسبب وجوبها: الفرقة أو الوفاة، حتى لا تختلط الأنساب وتشتبه المياه، فلا يسقي رجل ماءه زرع غيره.

وشرط وجوبها: أن يكون الحمل من الزواج الصحيح أو الفاسد؛ لأن الوطء في النكاح الفاسد يوجب العدة. ولا تجب هذه العدة عند الحنفية والشافعية على الحامل بالزنا؛ لأن الزنا لا يوجب العدة، إلا أنه إذا تزوج رجل امرأة، وهي حامل من الزنا، جاز النكاح عند أبي حنيفة ومحمد، لكن لا يجوز له أن يطأها ما لم تضع، لئلا يصير ساقياً ماءه زرع غيره.

وأجاز الشافعية نكاح الحامل من زنا ووطأها، إذ لا حرمة له.

مقادير عِدَد المعتدات:

١ـ عدة الحامل: تجب بسبب الموت أو الطلاق، وتنتهي بوضع الحمل اتفاقاً[1]؛ لقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ أي انقضاء أجلهن أن يضعن حملهن؛ ولأن براءة الرحم لا تحصل في الحامل ـ كما هو واضح ـ إلا بوضع الحمل. فإذا كانت المرأة حاملاً، ثم طلقت أو مات عنها زوجها انتهت عدتها بوضع الحمل، ولو بعد الوفاة بزمن قليل، بدليل أن «سبيعة بنت الحارث توفي عنها زوجها وهي حبلى، فوضعت بعد نحو عشر ليال من وفاة زوجها، ثم جاءت النبي

---

(١) البدائع: ١٩٢/٣، الدر المختار ورد المحتار: ٨٣١/٢ وما بعدها، فتح القدير: ٢٧٣/٣ وما بعدها، ٢٨١ وما بعدها، اللباب: ٨٠/٣ ـ ٨٣، الشرح الصغير: ٦٧١/٢ وما بعدها، ٣٨١ ـ ٣٨٣، القوانين الفقهية: ص ٢٣٦، ٢٣٨، مغني المحتاج: ٣٨٨/٣ وما بعدها، ٣٩٦، المهذب: ١٤٢/٢، كشاف القناع: ٤٧٨/٥ ـ ٤٨٠، المغني: ٤٦٨/٧، ٤٧٣ ـ ٤٧٨، غاية المنتهى: ٢٠٩/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٩٦/٢.

ﷺ فقال: انكحي. وفي رواية: فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي، وأمرني بالتزويج إن بدا لي»[1].

وعلى هذا تكون عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل، لقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ قال ابن مسعود: «من شاء باهلته ـ لاعنته ـ أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة»[2] وفي رواية البزار: «من شاء حالفته أن: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ نزلت بعد آية المتوفى، فإذا وضعت المتوفى عنها حملها، فقد حلت. وقرأ: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً﴾».

وانتهاء العدة بوضع الحمل له شرطان:

الأول ـ عند الجمهور غير الحنفية: وضع جميع حملها، أو انفصاله كله، فلا تنقضي بوضع أحد التوأمين ولا بانفصال بعض الولد. وتنقضي عند المالكية ولو وضعت علقة وهو دم متجمع، ولا بد عند الحنابلة والشافعية من أن يكون الحمل الذي تنقضي به العدة: هو ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان من الرأس واليد والرجل، أو يكون مضغة شهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية لخلقة آدمي أو أصل آدمي، لعموم قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾.

وقال الحنفية: الحمل: اسم لجميع ما في البطن، فلو ولدت وفي بطنها آخر تنقضي العدة بالآخر، كما قرر الجمهور، لكن خالفوهم فقالوا: يكفي خروج أكثر الولد، وإذا أسقطت المرأة سقطاً، واستبان بعض خلقه، انقضت به العدة؛ لأنه ولد، وإلا فلا.

---

(١) رواه الجماعة إلا أبا داود وابن ماجه عن أم سلمة (نيل الأوطار: ٢٨٦/٦ ـ ٢٨٧).

(٢) رواه البخاري. وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ: «من شاء لاعنته، لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الأربعة أشهر وعشر» وسورة النساء القصرى هي سورة الطلاق وفيها آية عدة الحامل، وسورة النساء الطولى هي سورة البقرة وفيها آية عدة الوفاة (نصب الراية: ٢٥٦/٣).

الثاني - أن يكون الحمل منسوباً إلى صاحب العدة، ولو احتمالاً كمنفي بلعان؛ لأنه لا ينافي إمكان كونه منه، بدليل أنه لو استلحقه به لحقه، فإن لم يمكن نسبته إلى صاحب العدة، كولد الزنا المنفي قطعاً، فلا تنقضي به العدة.

وأقل مدة الحمل بالاتفاق: ستة أشهر، وغالبها تسعة، وأكثرها عند الحنفية سنتان، وعند الشافعية والحنابلة: أربع سنين، وعند المالكية في المشهور: خمس سنين.

ودليلهم على أقل مدة الحمل: المفهوم من مجموع آيتين وهما قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ وقوله سبحانه: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾.

وأما غالب مدة الحمل، فلأن غالب النساء يحملن كذلك، وهذا أمر معروف بين الناس.

وأما أكثر مدة الحمل فيعتمد فيها الاستقراء وتتبع أحوال النساء؛ لأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الموجود، وقال الشافعية والحنابلة: وقد وجد أربع سنين، روى الدارقطني عن الوليد بن مسلم، قلت لمالك بن أنس عن حديث عائشة قالت: «لا تزيد المرأة في حملها على سنتين، فقال: سبحان الله، من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدقٍ، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة» وقال الشافعي: «بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين» وقال أحمد: «نساء بني عجلان تحمل أربع سنين» فلو طلقها الرجل أو مات عنها، فلم تتزوج حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين، لحقه الولد، وانقضت عدتها به.

وأقل ما يتبين به خلق الولد: (٨١) واحد وثمانون يوماً في رأي الشافعية والحنابلة، لحديث ابن مسعود عند الشيخين: «إن أحدكم يُجمع خَلْقه في بطن أمه

أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علَقة مثلَ ذلك، ثم يكون مُضْغة مثلَ ذلك» فالعدة في رأي الشافعية والحنابلة: لا تنقضي بما دون المضغة، فوجب أن تكون بعد الثمانين.

وقد نصت المادة (١٢٤) من القانون السوري على هذه العدة: «عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو إسقاطه مستبيناً بعض الأعضاء».

التحول لعدة الحمل: ولو ظهر في أثناء عدة أقراء أو أشهر حمل للزوج، اعتدت المرأة بوضعه.

المرتابة بالحمل: وإذا ارتابت المعتدة من طلاق أو وفاة بأن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة ونحوهما، وشكَّت: هل هو حمل أم لا، أو ارتابت بعد انقضاء العدة بالأقراء أو الأشهر، تربصت (أي مكثت) إلى منتهى أمد الحمل عند المالكية، فلا يحل لها أن تتزوج قبله. وعليها أن تصبر عند الشافعية والحنابلة عن الزواج حتى تزول الريبة، للاحتياط، ولخبر: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك».

ولا تحل للأزواج عند المالكية حتى يمضي أقصى أمد الحمل، وإن تزوجت بعد انقضاء العدة بزوج آخر قبل زوال الريبة، فالمذهب لدى الشافعية عدم إبطال النكاح في الحال؛ لأنا حكمنا بانقضاء العدة ظاهراً، فلا نبطله بالشك، فإن علم ما يقتضي البطلان بأن ولدت لدون ستة أشهر من وقت النكاح الثاني، حكمنا ببطلانه، لتبين فساده. ولدى الحنابلة في إبطال هذا النكاح وجهان: أحدهما ـ كالشافعية، والثاني ـ يحل لها النكاح ويصح؛ لأننا حكمنا بانقضاء العدة، وحل النكاح، وسقوط النفقة والسكنى، فلا يجوز زوال ما حكم به بالشك الطارئ، ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود.

عدة زوجة الصغير بعد وفاته: إذا مات الصغير الذي لا يتأتى منه الإحبال، عن امرأته، وبها حبل محقق بأن تضع لدون ستة أشهر من موته، فعدتها عند أبي حنيفة ومحمد أن تضع حملها، لإطلاق قوله تعالى: ﴿ وأولات الأحمال أجلهن

أن يضعن حملهن ﴾ . وإن حدث الحَبَل بعد الموت ، فعدتها أربعة أشهر وعشر؛ لأن هذه عدتها التي وجبت عليها عند الموت ، فلا تتغير بعده . ولكن لا يثبت نسب الولد في هاتين الحالتين ؛ لأن الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق .

وقال الشافعية وأبو يوسف : عدتها بالأشهر أي أربعة أشهر وعشر، لا بوضع الحمل ؛ لأن الولد منفي عنه يقيناً لعدم إنزاله . ومثله ممسوح إذ لا يلحقه على المذهب لدى الشافعية[1] .

٢ - عدة المتوفى عنها زوجها : عرفنا أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً ، تنتهي عدتها بوضع الحمل ، ولو كانت الولادة بعد الوفاة بزمن قريب أو بعيد .

فإن كانت حائلاً غير حامل ، كانت عدتها بالاتفاق أربعة أشهر قمرية وعشرة أيام بلياليها من تاريخ الوفاة ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ، يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ حزناً على نعمة الزواج كما بينا ، سواء أكان الزوج قد دخل بها ، أم لم يدخل ، وسواء أكانت صغيرة أم كبيرة ، أم في سن من تحيض ، لإطلاق الآية ، ولم تخصص بالمدخول بها ؛ لأن النص القرآني استثنى غير المدخول بها إذا كانت مطلَّقة في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ .

وقد نصت المادة (١٢٣) من القانون السوري على هذه العدة : «عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام» .

لكن شرط وجوب العدة بالأشهر الأربعة والعشر للمتوفى عنها : النكاح

---

(١) البدائع : ١٩٢/٣ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٨٣٠/٢ ، اللباب : ٨١/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٨ ، الشرح الصغير : ٦٨٢/٢ ، مغني المحتاج : ٣٩٥/٣ ، المهذب : ١٤٥/٢ ، كشاف القناع : ٤٨٠/٥ ، غاية المنتهى : ٢١٠/٣ ، المغني : ٤٧٠/٧ .

الصحيح فقط، وبقاء النكاح صحيحاً إلى الموت مطلقاً، سواء وطئت أم لا، وسواء أكانت صغيرة أم كتابية تحت مسلم.

فإن كان الزواج فاسداً، فإن عدتها عند الحنفية والحنابلة ثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض، وثلاثة أطهار عند المالكية والشافعية؛ لأن القصد من إطالة مدة العدة وهو إظهار الأسف على نعمة الزواج، لا يتحقق إلا إذا كان الزواج صحيحاً.

فإن لم تكن من ذوات الحيض، فإنها تعتد بثلاثة أشهر، كما سنبين..

٣ـ عدة المطلَّقة:

إن كانت المرأة حاملاً، فإن عدتها تكون بوضع الحمل، كما بينا.

وإن لم تكن حاملاً فعدتها بالاتفاق إن كانت من ذوات الحيض سواء من طلاق أو فسخ: ثلاثة قروء[1] (حيضات عند الحنفية والحنابلة، وأطهار عند المالكية والشافعية) لقوله تعالى: ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فإنه أوجب على المطلَّقة الانتظار مدة ثلاثة قروء.

والقروء عند الحنفية والحنابلة: ثلاث حيضات كوامل، لعدم تجزؤ الحيضة، وإذا طلق الرجل امرأته لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق، ولا تحل لغيره إذا انقطع دم الحيضة الأخيرة حتى تغتسل في رأي الحنابلة.

وأما عند المالكية والشافعية فقد لا تكون القروء ثلاثة كاملة، فإذا طلقت المرأة في طهر، كانت بقية الطهر قرءاً كاملاً، ولو كانت لحظة، فتعتد به، ثم بقرءين بعده،

---

(١) البدائع: ١٩١/٣ وما بعدها، الدر المختار: ٨٢٥/٢ ـ ٨٢٨، فتح القدير: ٢٦٩/٣ ـ ٢٧٢، اللباب: ٨٠/٣، ٨٣، الشرح الصغير: ٦٧٢/٢ ـ ٦٧٤، القوانين الفقهية: ص ٢٣٥، بداية المجتهد: ٨٨/٢ وما بعدها، ٩٦، المهذب: ١٤٣/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٨٤/٣ وما بعدها، ٣٨٧، كشاف القناع: ٤٨٢/٥ ـ ٤٨٥، المغني: ٤٤٩/٧، ٤٥٦ ـ ٤٦٢، ٤٦٧ ـ ٤٦٨، غاية المنتهى: ٢١١/٣ وما بعدها.

فذلك ثلاثة قروء، فمن طلقت طاهراً انقضت عدتها ببدء الحيضة الثالثة، ومن طلقت حائضاً، انتهت عدتها بدخول الحيضة الرابعة بعد الحيضة التي طلقت فيها.

والأظهر لدى الشافعية عدم احتساب طهر من لم تحض قرءاً إذا طلقت فيه، فمن طلقت في طهر وكانت لم تحض أصلاً، ثم حاضت في أثناء عدتها بالأشهر، فلا يحتسب ذلك الطهر الذي طلقت فيه.

وإن لم تكن المرأة من ذوات الحيض لصغر أو كبر سن بأن بلغت سن اليأس، أو لكونها لا تحيض أصلاً بعد بلوغها خمس عشرة سنة، فإن عدتها تكون بثلاثة أشهر، لقوله تعالى: ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم، فعدتهن ثلاثة أشهر، واللائي لم يحضن ﴾.

٤ً- عدة من لم تحض لصغر أو كبر سن بسبب بلوغ سن اليأس، ومن لم تحض أصلاً، وبعبارة أخرى: عدة الصغيرة والآيسة، والمرأة التي لم تحض: ثلاثة أشهر[١]، للآية السابقة: ﴿ واللائي يئسن من المحيض ... ﴾.

سن اليأس: وأما تحديد سن اليأس: وهي السن التي إذا بلغتها المرأة لا تحيض فيها، فمختلف في تقديره بين الفقهاء[٢].

يرى الحنابلة: أن حد الإياس خمسون سنة، لقول عائشة: «لن ترى في بطنها ولداً بعد خمسين سنة».

ورأى الحنفية في المفتى به: أن الإياس يكون بخمس وخمسين.

وقال الشافعية: إن أقصى سن اليأس اثنان وستون سنة.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) كشاف القناع: ٤٨٤/٥، الدر المختار: ٨٣٥/٢، الشرح الصغير: ٦٧٢/٢، مغني المحتاج: ٣٨٧/٣، المغني: ٤٦٠/٧.

وذهب المالكية إلى أن سن اليأس تقدر بسبعين سنة ، فما تراه المرأة بعد هذه السن لا يعتبر حيضاً قطعاً .

سن الحيض : وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ؛ لأن المرجع فيه إلى الموجود ، وقد وجد من تحيض لتسع .

سن البلوغ : وسن البلوغ في الغالب إذا لم تحض المرأة باتفاق المذاهب خمس عشرة سنة .

موقف القانون من النوعين الأخيرين ومن ممتدة الطهر : نص القانون السوري م (١٢١) على ما يأتي : عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي :

١ ـ ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض ، ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ .

٢ ـ سنة كاملة لممتدة الطهر التي لم يجئها الحيض ، أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس .

٣ ـ ثلاثة أشهر للآيسة .

ونصت المادة (١٢٢) على العدة في الزواج الفاسد : العدة في الزواج الفاسد بعد الدخول تجري عليها أحكام المادة السابقة .

٥ ـ عدة المرتابة (ممتدة الطهر) والمستحاضة :

النساء في سن الحيض ثلاثة أصناف : معتادة ، ومرتابة ، ومستحاضة[1] :

فأما المعتادة : فتعتد بثلاثة قروء على حسب عادتها ، كما بينا في النوع الثالث .

---

(١) الدر المختار : ٨٢٨/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦ ، الشرح الصغير : ٦٧٥/٢ وما بعدها ، ٦٨١ ، المغني : ٧/٧٦٦ ـ ٤٦٨ ، كشاف القناع : ٤٨٥/٥ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢١٢/٣ ، مغني المحتاج : ٢٨٥/٣ ، ٢٨٧ .

وأما المرتابة بالحيض أو ممتدة الطهر: وهي التي ارتفع حيضها، ولم تدر سببه من حمل أو رضاع أو مرض. فحكمها عند الحنفية والشافعية: أنها تبقى أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن من لا تحيض، ثم تعتد بثلاثة أشهر: لأنها لما رأت الحيض، صارت من ذوات الحيض، فلا تعتد بغيره، ولما روى البيهقي عن عثمان أنه حكم بذلك في المرضع.

وعند المالكية والحنابلة: عدتها سنة بعد انقطاع الحيض، بأن تمكث تسعة أشهر، وهي مدة الحمل غالباً، ثم تعتد بثلاثة أشهر، فيكمل لها سنة، ثم تحل، وذلك إذا انقطع الحيض عند المالكية بسبب المرض أو بسبب غير معروف. لما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه قال في رجل طلق امرأته، فحاضت حيضة أو حيضتين، فارتفع حيضها، لا تدري ما رفعه؟: تجلس تسعة أشهر، فإذا لم يستبن بها حمل، فتعتد بثلاثة أشهر، فذلك سنة[1]: ولأن المقصود من العدة معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل، وتتحقق هذه المعرفة بمضي هذه المدة، فيكتفى بها.

فإن انقطع الحيض بسبب الرضاع، فإن عدتها عند المالكية تنقضي بمضي سنة بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان. فإن رأت الحيض ولو في آخر يوم من السنة انتظرت الحيضة الثالثة.

ورأي الحنابلة والمالكية هو الراجح، وقد أخذ به القانون السوري في المادة السابقة (١٢١) لما فيه من الرفق بالناس، وعدم تطويل العدة على المرأة. أما القانون المصري رقم (٢٥) لعام ١٩٢٩ فلم يتعرض لانتهاء عدة ممتدة الطهر ولا لبقائها، ولا لحل تزوجها برجل آخر أو عدم حله، وإنما نص على أنه: «لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق» وحدد السنة بـ ٣٦٥ يوماً.

---

(١) رواه الشافعي بإسناد جيد من حديث سعيد بن المسيب عن عمر، قال الشافعي: «هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار، لا ينكره منكر، علمناه».

وأما المستحاضة أو ممتدة الدم : وهي المتحيرة التي نسيت عادتها فـالمفتى بـه عنـد الحنفية : أنها تنقضي عدتها بسبعة أشهر، بأن يقدر طهرها بشهرين ، فتكون أطهارها ستة أشهر، وتقدر ثلاث حيضات بشهر احتياطاً . وقيل : تنقضي عدتها بثلاثـة أشهر. وأما إذا استمر بها الدم ، وكانت تعلم عادتها ، فإنها ترد إلى عادتها .

ورأى الحنابلة والشافعية : أن عدة المستحاضـة النـاسيـة لوقت حيض والمبتـدأة كالآيسـة : ثلاثـة أشهر؛ لأن النبي ﷺ أمر حَمْنَـة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستـة أيـام أو سبعـة ، فجعل لهـا حيضـة من كل شهر، بـدليل أنهـا تترك فيهـا الصلاة ونحوها . فإن كانت لها عادة أو تمييز عملت به ، كما تعمل به في الصلاة والصوم .

وذهب المـالكيـة إلى أن المستحـاضـة غير المميزة بين دم الحيض والاستحـاضـة كالمرتابة ، تمكث سنة كاملة ، تقيم تسعة أشهر استبراء لزوال الريبـة ؛ لأنهـا مـدة الحمل غالباً ، وثلاثة أشهر عدة ، وتحل للأزواج ، فتكون عدة المستحـاضـة غير المميزة ، ومن تأخر عنها الحيض ، لا لعلة ، أو لعلة غير رضاع سنة كاملـة . أمـا المميزة المستحـاضـة ومن تأخر حيضها لرضاع فتعتد بالأقراء .

٦ـ عدة المفقود زوجها :

المفقود : هو الغائب الذي لم يُدْر: أحي هو فيتوقع قدومـه ، أم ميت أودع القبر، كالذي يفقـد من بين أهلـه ليلاً أو نهـاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ، أو يفقـد في مفازة أي مهلكة ، أو يفقـد بسبب حرب أو غرق مركبـة ونحوه . وحكم عـدة زوجتـه بحسب حكم حاله عند الفقهاء[1] .

فقال الحنفية : هو حي في حق نفسه ، فلا يورث ماله ، ولا تبين منه امرأته ، فلا

---

(١) الشرح الصغير : ٢/٦٩٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٥٢ ، المهذب : ٢/١٤٦ ، كشاف القناع : ٥/٤٨٧ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٣/٢١٢ ، المغني : ٧/٤٨٨ ـ ٤٩٦ ، الدر المختار : ٣/١٦٠ ، وانظر : ٢/٨٤٧ ، مغني المحتاج : ٣/٣٩٧ .

تعتد زوجته حتى يتحقق موته، استصحاباً لحال الحياة السابق. أما المنعي إليها زوجها أو الذي أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات، أو طلقها ثلاثاً أو أتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق، فلا بأس أن تعتد وتتزوج.

وقال الشافعية في الجديد الصحيح مثل الحنفية: ليس لامرأته أن تفسخ النكاح، لأنه إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله، لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته. فلا تعتد زوجته ولا تتزوج حتى يتحقق موته أو طلاقه، عملاً بمبدأ الاستصحاب، وبقول علي رضي الله عنه: «تصبر حتى يعلم موته».

وقال المالكية والحنابلة: تنتظر امرأة المفقود أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة: أربعة أشهر وعشرة أيام، لما روي عن عمر رضي الله عنه: «أن رجلاً غاب عن امرأته، وفقد، فجاءت امرأته إلى عمر، فذكرت ذلك له، فقال: تربصي أربع سنين ففعلت، ثم أتته، فقال: تربصي أربعة أشهر وعشراً، ففعلت، ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فجاؤوا به فقال: طلقها، ففعل، فقال عمر: تزوجي من شئت»[1].

المبحث الثالث ـ تحول العدة أو انتقالها وتغيرها:

قد يطرأ على المعتدة بالأشهر أو بالأقراء ما يوجب تغير نوع العدة، فيجب عليها الاعتداد بمقتضى الأمر الطارئ، وهذه هي الحالات التي تقتضي تحول العدة[2]:

أولاً ـ تحول العدة من الأشهر إلى الأقراء:

إذا طلقت الصغيرة أو من بلغت سن اليأس، فشرعت في العدة بالشهور، ثم

---

(١) رواه الأثرم والجوزجاني والدارقطني.

(٢) البدائع: ٢٠٠/٣ وما بعدها، الدر المختار: ٨٢٦/٢، ٨٣٢ ـ ٨٣٤، فتح القدير: ٢٧٥/٣، ٢٧٧، ٢٧٩، اللباب: ٨١/٣، الشرح الصغير: ٦٨٢/٢، ٧١٤ وما بعدها، المهذب: ١٤٣/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٨٠/٥، مغني المحتاج: ٣٨٩/٣، ٣٩٦ وما بعدها، المغني: ٤٦٣/٧ ـ ٤٦٧، ٤٧١ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٣٧.

حاضت قبل انتهاء العدة، لزمها الانتقال إلى الأقراء، وبطل ما مضى من عدتها، ولا تنتهي عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل عند الحنفية والحنابلة، وبثلاثة أطهار عند المالكية والشافعية؛ لأن الشهور بدل عن الأقراء، فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها، كالقدرة على الوضوء في حق المتيمم ونحوها. والآيسة لما رأت الدم تبين أنها أخطأت الظن.

فإن انقضت عدتها بالشهور، ثم حاضت، لم يلزمها استئناف العدة بالأقراء؛ لأن هذا معنى حدث بعد انقضاء العدة، وقد حصل المقصود بالبدل، فلا يبطل حكمه بالقدرة على الأصل، كمن صلى بالتيمم، ثم قدر على الماء بعد انتهاء وقت الصلاة، فلا يجب عليه الوضوء وإعادة الصلاة.

ثانياً- تحول العدة من الأقراء إلى الأشهر أو وضع الحمل:

إذا شرعت المطلقة في العدة بالأقراء، ثم ظهر بها حمل من الزوج، على رأي المالكية والشافعية بأن الحامل قد ترى الدم، سقط حكم الأقراء، وتعتد بوضع الحمل؛ لأن الأقراء دليل على براءة الرحم في الظاهر، والحمل دليل على شغل الرحم قطعاً، فيسقط الظاهر بالقطع.

وإذا طلقت المرأة التي كانت تحيض، فحاضت مرة أو مرتين، ثم أيست، انتقلت عدتها من الحيض إلى الأشهر، ولا تعتد بالأشهر عند الحنفية إلا بعد بلوغها سن اليأس (وهو ٥٥ سنة)، فإذا بلغت سن اليأس، استأنفت العدة بالأشهر الثلاثة التي هي عدة الآيسة.

وقال المالكية والحنابلة: تعتد سنة، تسعة أشهر منها من وقت الطلاق تنتظر فيها لتعلم براءة رحمها؛ لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل، ثم تعتد بعد ذلك عدة الآيسات: ثلاثة أشهر، عملاً بقول عمر رضي الله عنه.

وقال الشافعية في الجديد كالحنفية: تكون في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن

الإياس، فتعتد حينئذ بثلاثة أشهر؛ لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس، فلم يجز قبله، وهذه ليست آيسة، ولأنها ترجو عود الدم، فلم تعتد بالشهور، كما لو تباعد حيضها لعارض.

ثالثاً ـ الانتقال إلى عدة وفاة:

إذا مات الرجل في أثناء عدة زوجته التي طلقها طلاقاً رجعياً، انتقلت بالإجماع من عدتها بالأقراء أو الأشهر إلى عدة وفاة: وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء أكان الطلاق في حال الصحة أم في حال مرض الموت؛ لأن المطلقة رجعياً تعد زوجة مادامت في العدة، وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة، فتلغو أحكام الرجعة، وسقطت بقية عدة الطلاق، فتسقط نفقتها، وتثبت أحكام عدة الوفاة من إحداد وغيره.

وقد نصت المادة (١٢٧/١) من القانون السوري على هذا: «إذا توفي الزوج، وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي، تنتقل إلى عدة الوفاة، ولا يحسب ما مضى».

أما إن مات الرجل في أثناء عدة زوجته من طلاق بائن، فلا تنتقل إلى عدة الوفاة، بل تتم عدة الطلاق البائن؛ لأنها ليست بزوجته، فتكمل عدة الطلاق، ولا حداد عليها، ولها النفقة إن كانت حاملاً.

رابعاً ـ العدة بأبعد الأجلين ـ عدة طلاق الفارّ:

للفقهاء مذهبان:

مذهب أبي حنيفة ومحمد وأحمد: إن كان الطلاق فراراً من إرث الزوجة بأن طلق في مرض الموت بقصد حرمانها من الميراث، ثم مات وهي في العدة، فإنها تنتقل من عدة الطلاق، إلى العدة بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق احتياطاً، بأن تتربص أربعة أشهر وعشراً من وقت الموت، فإن لم تر فيها حيضاً تعتد بعدها

بثلاث حيضات في رأي الحنفية والحنابلة . وإن امتد طهرها تبقى عدتها حتى تبلغ سن اليأس ؛ لأن المرأة لما ورثت من زوجها ، اعتبر الزواج قائماً حكماً وقت الوفاة ، فتجب عليها عدة الوفاة ، وبما أن الطلاق بائن فلا تعد زوجيتها قائمة ، ولا تجب عليها عدة الوفاة ، وإنما عدة الطلاق ، فمراعاة لهذين الاعتبارين تتداخل العدتان ، وتعتد بهما معاً .

وقد أخذ القانون السوري (م ١٢٧ / ٢) بهذا الرأي : «إذا توفي وهي في عدة البينونة ، تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة» لكن كان ينبغي تقييد لفظ البينونة بكونها في حالة طلاق الفرار. أما في غير تلك الحالة فلا تنتقل العدة ؛ لأن الزوجية غير قائمة بعد طلاق بائن .

ومذهب مالك والشافعي وأبي يوسف : أن زوجة الفارّ لا تعتد بأطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء ، وإنما تكمل عدة الطلاق ؛ لأن زوجها مات وليست زوجة له ؛ لأنها بائن من النكاح ، فلا تكون منكوحة . واعتبار الزواج قائماً وقت الوفاة في رأي مالك إنما هو في حق الإرث فقط ، لا في حق العدة ؛ لأن ما ثبت على خلاف الأصل لا يتوسع فيه .

ويتصور اعتداد المرأة بأبعد الأجلين لدى الشافعية فيما لو طلق الرجل إحدى امرأتيه طلاقاً بائناً ، ومات قبل بيان أو تعيين المطلّقة ، فإن كل واحدة تعتد بالأكثر من عدة وفاة وثلاثة من أقرائها ؛ لأن كل واحدة وجب عليها عدة بالطلاق ، واشتبهت عليها بعدة أخرى بالوفاة ، فوجب أن تأتي بأبعد الأجلين لتخرج عما عليها بيقين ، كمن أشكلت عليه صلاة من صلاتين ، يلزمه أن يأتي بهما .

وتعتد المرأة بأقصى الأجلين عند المالكية كما بينا في حالة الانتقال إلى عدة وفاة ، كأن يموت زوج الرجعية في عدتها .

المبحث الرابع ـ وقت ابتداء العدة وما يعرف به انقضاؤها :

ابتداء العدة : فصل الحنفية مبدأ العدة على النحو التالي[1] :

أ ـ إن كان الزواج صحيحاً : فمبدأ العدة بعد الطلاق أو الفسخ أو الموت ، فابتداء العدة في الطلاق ونحوه عقيب الطلاق ، وفي الوفاة عقيب الوفاة بالاتفاق بين الفقهاء ، وتنقضي العدة وإن جهلت المرأة بالطلاق أو الوفاة ؛ لأنها أجل ، فلا يشترط العلم بمضي الأجل ، سواء اعترف الرجل بالطلاق أو أنكر ، فلو طلق الرجل امرأته ثم أنكره ، وأقيمت عليه بيّنة وقضى القاضي بالفرقة ، كأن ادعته عليه في شوال ، وقضى به القاضي في المحرَّم ، فالعدة من وقت الطلاق ، لا من وقت القضاء .

وتنقضي العدة ، وإن لم تعلم المرأة بالطلاق أو الوفاة ، فلو طلق الرجل امرأته الحامل أو مات عنها ، ولم يبلغها الخبر حتى وضعت ، انقضت عدتها بالاتفاق .

ب ـ وإن كان الزواج فاسداً : فمبدأ العدة بعد أو عقيب التفريق من القاضي بين الزوجين ، أو بعد المتاركة وإظهار عزم الواطئ على ترك وطئها ، بأن يقول بلسانه : تركت وطأها ، أو تركتها ، أو خليت سبيلها ، ونحوه ، ومنه الطلاق وإنكار الزواج إذا كان بحضرتها ، وإلا فلا يعد الإنكار متاركة .

وقد نص القانون السوري (م ١٢٥) على ابتداء العدة في الزواج الصحيح والفاسد : « تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ ، أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد » .

جـ ـ وإن كان الوطء بشبهة : فقال ابن عابدين[2] : لم أر من صرح بمبدأ العدة في

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٨٣٩/٢ ـ ٨٤٢ ، البدائع : ١٩٠/٣ ، فتح القدير : ٢٨٦/٣ ، الكتاب وشرحه اللباب : ٨٤/٣ ، مغني المحتاج : ٣٩٠/٣ ، ٣٩٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٥ ، ٢٣٨ ، غاية المنتهى : ٢١٠/٣ وما بعدها .

(٢) رد المحتار : ٨٤١/٢ .

الوطء بشبهة بلا عقد، وينبغي أن يكون من آخر الوطآت عند زوال الشبهة، بأن علم أنها غير زوجته، وأنها لا تحل؛ إذ لا عقد هنا، فلم يبق سبب للعدة سوى الوطء المذكور.

وهذا الرأي حق، فإن بدء العدة ببدء السبب الذي أدى إليها، والوقاع في حالة الوطء بشبهة هو سبب هذه العدة، فتبتدئ منه.

تداخل العدتين: إذا تجدد سبب العدة في أثناء عدة سابقة، فهل تتداخل العدتان أم تكمل العدة السابقة، وتستأنف بعدئذ عدة أخرى؟

يرى الحنفية[1]: أنه إذا وجبت عدتان تداخلتا، سواء أكانتا من جنس واحد، أم من جنسين، ومن رجل واحد أم من رجلين، مثال الجنس الواحد ومن رجل واحد: إذا تزوجت المطلقة في عدتها، فوطئها الزوج، ثم تتاركا، حتى وجبت عليها عدة أخرى، فإن العدتين تتداخلان. ومثال الجنسين ومن رجلين: المتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة، فعليها عدة أخرى، وتتداخل العدتان.

وذلك لأن العدة عندهم هي أجل حدد لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، بخلاف الجمهور الذين يجعلون العدة هي فعل التربص.

ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه إذا طلق الرجل زوجته التي دخل بها طلاقاً بائناً بينونة صغرى، ثم تزوجها قبل انقضاء عدتها، وطلقها قبل أن يدخل بها، وجب عليها أن تبدأ عدة جديدة، ولا تبني على ما سبق من العدة الأولى؛ لأنها بالعقد عادت إلى حالها الأول، وهي كانت مدخولاً بها، فإذا طلقها كان طلاقاً بعد الدخول حكماً، فيجب عليها عدة مستقلة، ولها مهر كامل. ولم يوجب مالك ومحمد عليها عدة جديدة، بل تكمل عدتها الأولى، ويجب لها نصف المهر المسمى.

---

(١) البدائع: ١٩٠/٢، الدر المختار: ٨٣٧/٢ وما بعدها، فتح القدير والعناية: ٢٨٣/٣، ٢٨٦.

وقال الجمهور[1] : إذا كانت العدتان لشخص واحد ومن جنس واحد، تداخلتا، كأن يطلق رجل زوجته، ثم يطؤها في عدة أقراء أو أشهر، جاهلاً كون الطلاق بائناً، أو عالماً أنها رجعية، تداخلت العدتان، فتبتدئ عدة بأقرء أو أشهر من فراغ الوطء، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق؛ لأن مقصود عدة الطلاق والوطء واحد، فلا معنى للتعدد، وتكون تلك البقية واقعة عن الجهتين.

وكذلك تتداخل العدتان إن لم تتفقا وكانتا من جنسين، بأن كانت إحداهما حَمْلاً، والأخرى أقراء، بأن طلقها وهي حامل، ثم وطئها قبل وضع الحمل، أو طلقها وهي غير حامل ثم وطئها في أثناء الأقراء، فأحبلها، فتنقضي العدتان بوضع الحمل على الجهتين، سواء أرأت الدم مع الحمل أم لا. وللزوج في عدة طلاق رجعي أن يراجع قبل وضع الحمل.

أما إن كانت العدتان من شخصين: بأن كانت في عدة زوج أو في عدة وطء شبهة، ثم وطئت بشبهة أو نكاح فاسد، والواطئ غير صاحب العدة الأولى، أو كانت زوجة معتدة عن شبهة، فطلقت بعد وطء الشبهة، فلا تداخل، عملاً بأثر عن عمر وعلي رواه الشافعي رضي الله تعالى عنهم أجمعين. فإن وجد حمل اعتدت بوضعه أولاً، وإن لم يكن حمل، أتمت عدة الطلاق ولو كان الوطء بشبهة سابقاً للطلاق، لقوة عدة الطلاق بسبب استنادها إلى عقد جائز وسبب مسوغ، ثم تستأنف العدة الأخرى.

ولو تزوجت المطلَّقة في عدتها من الطلاق، فدخل بها الثاني، ثم فرق بينهما لبطلان الزواج، اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الثاني.

أما عند الحنفية فتعتد من الثاني بعد مفارقته، وتكون عدة الأقراء من الثاني

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٣٧، الشرح الصغير: ٧١٥/٢، مغني المحتاج: ٣٩١/٣ ـ ٣٩٣، المهذب: ١٥١/٢، المغني: ٤٨١/٧، ٤٨٦، غاية المنتهى: ٢١٥/٣، كشاف القناع: ٤٩٢/٥.

عن بقية عدة الأول وعدة الثاني ؛ لأن القصد معرفة براءة الرحم ، وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً .

وإن كانت حاملاً فوضع الحمل يجزي عن العدتين اتفاقاً كما بينا .

ما يعرف به انقضاء العدة :

إذا حدث اختلاف في انقضاء العدة مع زوج المرأة الذي طلقها ، فمن الذي يصدق ، المرأة أم الزوج ؟

يعرف انقضاء العدة إما بالقول وإما بالفعل[1] :

أما الفعل : فنحو أن تتزوج بزوج آخر ، بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة ، فلو قالت المرأة بعد الزواج : لم تنقض عدتي ، لم تصدق ، لا في حق الزوج الأول ، ولا في حق الزوج الثاني ، ويكون زواج الزوج الثاني جائزاً ؛ لأن إقدامها على التزوج بعد مضي مدة يحتمل انقضاء العدة في مثلها دليل الانقضاء .

وأما القول : فهو إخبار المعتدة بانقضاء العدة في مدة يحتمل الانقضاء في مثلها ، فإن قالت : مضت عدتي ، والمدة تحتمله ، وكذبها الزوج ، قبل قولها بيمينها ، وإن لم تحتمله المدة ، لا يقبل قولها ؛ لأن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالف الظاهر .

وإذا قال الزوج : أخبرتني امرأتي سابقاً أن عدتها قد انقضت ، فإن كانت في مدة لا تنقضي في مثلها ، لا يقبل قوله ولا قولها ، إلا إذا تبين ما هو محتمل من إسقاط سِقْط مستبين الخلق ، فحينئذ يقبل قولها . وإن كانت في مدة تحتمل الانقضاء فكذبته المرأة ، يعمل بخبرهما بقدر الإمكان ، فيعمل بخبره في حقه وحق الشرع ، فله أن يتزوج بأختها ؛ لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه ، ويعمل بخبرها في حقها ، فتستحق النفقة والسكنى .

---

(١) البدائع : ١٩٨/٣ ـ ٢٠٠ ، الدر المختار ورد المحتار : ٨٤٢/٢ ، ٨٤٨ ، غاية المنتهى : ٢٢٣/٣ .

وأما أقل المدة التي تصدق فيها المعتدة لانقضاء عدتها، فعلى التفصيل التالي في رأي الحنفية:

أ- إن كانت من ذوات الأشهر: فإنها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر في عدة الطلاق. وفي عدة الوفاة لا تصدق في أقل من أربعة أشهر وعشر.

ب- وإن كانت من ذوات الأقراء (الحيضات): فإن كانت معتدة من وفاة، فلا تصدق في أقل من أربعة أشهر وعشر. وإن كانت معتدة من طلاق: فإن أخبرت بانقضاء عدتها في مدة تنقضي في مثلها العدة، يقبل قولها. وإن أخبرت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة، لا يقبل قولها، إلا إذا فسرت ذلك، بأن قالت: أسقطت سقطاً مستبين الخلق أو بعضه، فيقبل قولها؛ لأنها أمينة في إخبارها عن انقضاء عدتها، فإن الله تعالى ائتمنها في ذلك بقوله عز وجل: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ قيل في التفسير: إنه الحيض والحبل. والقول قول الأمين بيمينه.

فإذا أخبرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها، يقبل قولها، ولا يقبل إذا كانت المدة مما لا تنقضي العدة في مثلها؛ لأن قول الأمين إنما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر، والظاهر هنا يكذبها.

وأما أقل ما تصدق فيه المعتدة بالأقراء:

فقال أبو حنيفة: أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوماً، عملاً بالوسط في مدة الحيض وهو خمسة أيام، فتكون الحيضات الثلاثة خمسة عشر يوماً، والأطهار خمسة وأربعين يوماً على أن يبدأ بالطهر، فيكون المجموع ستين يوماً.

وقال الصاحبان: تسعة وثلاثون يوماً، عملاً بأقل الحيض وهو ثلاثة أيام، فتكون الحيضات تسعة أيام على أن يبدأ بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر

يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام، فذلك تسعة وثلاثون يوماً.

وقد بينا سابقاً آراء المذاهب الأخرى.

المبحث الخامس ـ أحكام العِدَد أو حقوق المعتدة وواجباتها:

يتعلق بالمعتدة الأحكام التالية[1]:

أولاً ـ تحريم الخطبة: لا يجوز للأجنبي خطبة المعتدة صراحة، سواء أكانت مطلقة أم متوفى عنها زوجها؛ لأن المطلقة طلاقاً رجعياً في حكم الزوجة، فلا يجوز خطبتها، ولبقاء بعض آثار الزواج في المطلقة ثلاثاً أو بائناً أو متوفى عنها زوجها.

ولا يجوز أيضاً التعريض بالخطبة في عدة الطلاق، ويجوز في عدة الوفاة؛ لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ إلى أن قال: ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾ ولأنه في عدة الطلاق لا يجوز للمعتدة الخروج من منزلها أصلاً ليلاً ولا نهاراً، ويجوز للمتوفى عنها عند الحنفية الخروج نهاراً، ولأن إثارة العداوة بالتعريض لزوجها الأول يتصور في المطلقة لا المتوفى عنها. وقد بينا الحكم تفصيلاً في بحث الخطبة.

ثانياً ـ تحريم الزواج: لا يجوز للأجنبي إجماعاً نكاح المعتدة، لقوله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ أي لا تعقدوا عقد النكاح حتى تنقضي العدة التي كتبها الله على المعتدة، ولبقاء الزوجية في الطلاق الرجعي، وبعض آثار الزواج في الطلاق الثالث والبائن.

---

(١) البدائع: ٢٠٤/٣ ـ ٢٢٠، البحر الرائق: ١٦٢/٤، اللباب: ٨٥/٣ ـ ٨٩، الدر المختار ورد المحتار: ٨٤٠/٢، ٨٤٨ ـ ٨٥٦، فتح القدير: ٢٩١/٣ ـ ٢٩٩، ٣٣٩، ٣٤٢، القوانين الفقهية: ص ٢٣٨ وما بعدها، الشرح الصغير: ٦٧٩/٢ ـ ٦٨٧، ٧٤٠ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٩٠/٣ ـ ٤٠٧، ٤٤٠، ٤٤١، المهذب: ١٤٦/٢ ـ ١٤٩، ١٦٤، المغني: ٤٨٠/٧ ـ ٤٨٣، ٥١٧ وما بعدها، ٥٢٢ ـ ٥٣٠، ٦٠٦ ـ ٦٠٨، غاية المنتهى: ٢١٧/٣ ـ ٢١٩، كشاف القناع: ٤٩٦/٥، بداية المجتهد: ٩٤/٢ وما بعدها.

وإذا تزوجت فالنكاح باطل، لأنها ممنوعة من الزواج لحق الزوج الأول، فكان نكاحاً باطلاً، كما لو تزوجت وهي في نكاحه، ويجب أن يفرق بينه وبينها.

ويجوز لصاحب العدة أن يتزوج المعتدة؛ لأن الإلزام بالعدة إنما شرع مراعاة لحق الزوج، فلا يجوز أن يمنع حقه، فالعدة لحفظ مائه وصيانة نسبه، ولا يصان ماؤه عن بعضه، ولا يحفظ نسبه عنه، فإذا انقضت العدة جاز لأي شخص أن يتزوجها.

ثالثاً ـ حرمة الخروج من البيت:

للفقهاء آراء متقاربة في مسألة خروج المعتدة من البيت، **فالحنفية**: فرقوا بين المطلقة والمتوفى عنها، فقالوا: يحرم على المطلقة البالغة العاقلة الحرة المسلمة المعتدة من زواج صحيح الخروج ليلاً ونهاراً، سواء أكان الطلاق بائناً أم ثلاثاً أم رجعياً، لقوله تعالى في الطلاق الرجعي: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ بأن تزني فتخرج لإقامة الحد عليها، ويرى أبو حنيفة أن الفاحشة هي نفس الخروج، وقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾ والأمر بالإسكان نهي عن الإخراج والخروج. وأما في الطلاق الثلاث أو البائن، فلعموم النهي عن الخروج، ومساس الحاجة إلى الحفاظ على الأنساب وعدم اختلاط المياه.

وأما المتوفى عنها: فلا تخرج ليلاً، ولا بأس أن تخرج نهاراً في حوائجها؛ لأنها تحتاج إلى الخروج بالنهار لاكتساب ماتنفقه؛ لأنه لا نفقة لها من الزوج المتوفى، بل نفقتها عليها، فتحتاج إلى الخروج لتحصيل النفقة، ولا تخرج بالليل، لعدم الحاجة إلى الخروج بالليل، بخلاف المطلَّقة، فإن نفقتها على الزوج، فلا تحتاج إلى الخروج.

وليس للمعتدة من طلاق ثلاث أو بائن أو رجعي أن تخرج من منزلها الذي تعتد فيه إلى سفر ولو إلى حج فريضة إذا كانت معتدة من نكاح صحيح. ولا يجوز للزوج أن يسافر بها لقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن﴾

والمذهب أن للزوج ضرب المرأة المفارقة على الخروج من منزله بلا إذن، إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة، ولم يرض الزوج أن يستفتي لها، وهو غير عالم.

ويجوز للمعتدة من نكاح فاسد أن تخرج؛ لأن أحكام العدة مرتبة على أحكام النكاح الصحيح. ويجوز أيضاً للصغيرة والمجنونة أن تخرج من منزلها إذا لم يكن في الفرقة رجعة، سواء أذن الزوج لها أم لم يأذن؛ إذ أن حق الله في العدة لا يجب على الصغير والمجنون، ولأنه لا ولد من الصغيرة، فلم يبق للزوج حق. ولكن يجوز للزوج منع المجنونة من الخروج حفاظاً على مائه وتحصينه من الاختلاط. وإن كانت الفرقة رجعية فلا يجوز للصغيرة الخروج بغير إذن الزوج؛ لأنها زوجته.

هذا كله في حال الاختيار، أما في حال الضرورة فلكل معتدة الخروج، فإن اضطرت إلى الخروج من بيتها، بأن خافت سقوط منزلها، أو خافت على متاعها، أو لا تجد أجرة البيت الذي تستأجره في عدة الوفاة، فلا بأس عندئذ أن تخرج. وتنتقل المعتدة المطلقة في البادية مع أهل الكلأ في محفة أو خيمة مع زوجها إن تضررت في المكان الذي طلقها فيه، وإن لم تتضرر فلا تنتقل من مكانها.

وأجاز **المالكية والحنابلة** للمعتدة الخروج لضرورة أو عذر، كأن خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو لصوصاً أو غلاء كرائها أو نحوه، كما قرر الحنفية، وأجازوا أيضاً للمعتدة مطلقاً الخروج في حوائجها نهاراً، سواء أكانت مطلَّقة أم متوفى عنها، لما روى جابر قال: «طُلِّقت خالتي ثلاثاً، فخرجت تجذّ نخلها، فلقيها رجل، فنهاها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: اخرجي فجذي نخلك، لعلك أن تتصدقي منه، أو تفعلي خيراً»[1]، وروى مجاهد قال: «استشهد رجال يوم أحد، فجاء نساؤهم رسول الله ﷺ، وقلن: يا رسول الله، نستوحش بالليل، أفنبيت عند إحدانا، فإذا أصبحنا

---

(١) رواه النسائي وأبو داود.

بـادرنـا إلى بيوتنـا ؟ فقـال رسـول الله ﷺ : تحـدثن عنـد إحـداكن ، حتى إذا أردتن النوم ، فلتؤب كل واحدة إلى بيتها » .

وليس للمعتدة المبيت في غير بيتها ، ولا الخروج ليلاً إلا لضرورة ؛ ولا تبيت إلا في دارهـا ؛ لأن الليل مظنـة الفسـاد ، بخلاف النهـار ، فـإنـه مظنـة قضـاء الحـوائـج والمعاش ، وشراء ما يحتاج إليه .

وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين والحد ، وكانت ذات خِـدْر (أي ستر) ، بعث إليها الحاكم من يستوفي الحق منهـا في منزلهـا . وإن كانت بَرْزَة (هي الظاهرة غير المستترة) جاز إحضارها لاستيفائه ، فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

ولم يجز الشافعيـة للمعتـدة مطلقـاً ، سواء أكانت رجعيـة أم مبتوتـة أم متوفى عنها زوجها ، الخروج من موضع العـدة إلا لعـذر ، لقولـه تعـالى : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ وعن فُرَيعـة بنت مـالـك قـالـت : « قلت لرسول الله ﷺ : إني في دار وحشـة ، أفـأنتقل إلى دار أهلي ، فـأعتـد عنـدهم ؟ فقال : امكثي في بيتك الذي أتاك فيه نعي زوجك ، حتى يبلغ الكتاب أجله » قالت : « فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً »[1] .

ورأى الشافعية والحنابلة أن منزل البـدويـة وبيتهـا من شعر كمنزل حضريـة في لزوم الموضع الـذي مـات زوجهـا وهي فيـه ، فلو ارتحل في أثنـائهـا كل الحي انتقلت معهم للضرورة . وإن ارتحل بعض الحي ، بقيت مع الباقين إن كان فيهم قوة ، لكن لو ارتحل أهلها لها أن ترتحل معهم ؛ لأن مفارقة الأهل عسرة موحشة .

---

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) وصححه الترمذي عن فريعة (نيل الأوطار : ٦/٢٩٨) والدار الوحشة : أصله المكان القفر من الأنيس ، وأوحش المنزل : خلا من السكّان .

رابعاً ـ السكنى في بيت الزوجية والنفقة :

هـذا حـق للمرأة واجب على الـزوج ، أمـا سكنى المعتـدة أي معتـدة في بيت الزوجية ، فواجبة لقوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النسـاء ، فطلقوهن لعـدتهن ، وأحصوا العـدة ، واتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيـوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يـأتين بفاحشة مبينة ﴾ ، والبيت المضاف للمرأة هو البيت الذي تسكنـه عنـد الفرقـة ، سواء أكانت مطلقة أم متوفى عنهـا . لكن قـال **الحنفيـة** : يجوز بقـاء المطلقـة رجعيـاً مع الـزوج في دار واحـدة ، ولـه إن قصـد مراجعتهـا أن يستمتـع بهـا بعـد الطـلاق ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم عندهم على الراجح المطلقة على من طلقها ، ويكون استمتاعه بها رجعة ، وله حينئذ إذا قصد مراجعتها أن يدخل عليها بلا إذنها .

أما في الطلاق البائن أو الثلاث : فلا بد من ساتر حـاجز بين الرجل والمطلقـة ، فإن كان المسكن متسعاً استقلت المرأة بحجرة فيـه ، ولا يجوز للمطلق أن ينظر إليهـا ولا أن يقيم معها في تلك الحجرة . وإن كان المسكن ضيقاً ليس فيه إلا حجرة واحدة ، وجب على الرجـل المطلـق أن يخرج من المسكن ، وتبقى المطلقـة فيـه حتى تنقضي العدة ؛ لأن بقاء المرأة في منزل الزوجية الـذي كانت تسكن فيـه وقت الطلاق واجب شرعاً ، ولئلا تقع الخلوة بالأجنبية .

ولا عبرة بـالعرف القـائم الآن من خروج المطلقـة من بيت الزوجيـة فهـو عرف مصادم للنص القرآني السابق : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ .

ولكن يعـد ضيـق المنزل وفسـق الـزوج عـذراً يجيز في رأي الحنفيـة للمطلقـة أو المتوفى عنها الخروج من البيت ، وتعيين الموضع الذي تنتقل إليـه في عـدة الطلاق إلى الزوج ، وأما في عدة الوفاة فإن التعيين يكون إليها ؛ لأنها هي صـاحبـة الرأي المطلق في أمر السكنى ، حتى إن أجرة المنزل إن كان بأجر تكون عليها .

وكذلك يعد إيذاؤها الجيران عذراً عند الحنابلة يبيح انتقالها لدار أخرى .

ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الأجانب عنها، لأنه كالخروج إلى الشارع. فإن لم يكن في الدار منازل للأجانب، بل بيوت أو غرف، جاز لها الخروج إلى صحن الدار، ولا تصير به خارجة عن الدار، ولها أن تبيت في أي غرفة شاءت منها.

وذكر الشافعية[1]: أن الرجل إذا عاشر المعتدة كزوج، بخلوة ولو بدخول دار هي فيها، ونوم ولو في الليل فقط وأكل ونحو ذلك، بلا وطء لها، في عدة أقراء أو أشهر، فالأصح أنها إن كانت بائناً انقضت عدتها بما ذكر؛ لأن مخالطتها محرَّمة ووطؤها زنا لا حرمة له، ولا أثر للحرام في الحكم الشرعي، كالمزني بها لا يترتب على الزنا حكم شرعي من أحكام الزواج، وأما إن كانت رجعية، فلا تنقضي عدتها؛ لأن الشبهة قائمة؛ لأن العدة لبراءة الرحم وهي مشغولة. لكن لا يضر دخول دار هي فيها بلا خلوة.

وأما نفقة المعتدة: فواجبة على الزوج حسب التفصيل الآتي:

١ً- إن كانت المعتدة مطلقة طلاقاً رجعياً: وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة من طعام وكسوة وسكنى، بالاتفاق؛ لأن المعتدة تعد زوجة مادامت في العدة.

٢ً- وإن كانت معتدة من طلاق بائن:

فإن كانت حاملاً، وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة بالاتفاق، لقوله تعالى: ﴿ وإن كن أولات حمل، فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾.

وإن كانت غير حامل: وجبت لها النفقة بأنواعها أيضاً عند الحنفية، بسبب احتباسها في العدة لحق الزوج.

ولا تجب لها النفقة في رأي الحنابلة؛ لأن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ألبتة،

(١) مغني المحتاج: ٣/٣٩٣ وما بعدها.

فلم يجعل لها رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى ، وإنما قال : «إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة»[1] .

وتجب لها السكنى فقط في رأي المالكية والشافعية ، لقوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكم ﴾ فإنه أوجب لها السكنى مطلقاً ، سواء أكانت حاملاً أم غير حامل . ولا تجب لها نفقة الطعام والكسوة لمفهوم قوله تعالى : ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ فدل بمفهومه على عدم وجوب النفقة لغير الحامل .

٣ً- وإن كانت معتدة من وفاة : فلا نفقة لها بالاتفاق ، لانتهاء الزوجية بالموت ، لكن أوجب لها المالكية السكنى مدة العدة إذا كان المسكن مملوكاً للزوج ، أو مستأجَراً ودفع أجرته قبل الوفاة ، وإلا فلا .

٤ً- وإن كانت معتدة من زواج فاسد أو شبهة : فلا نفقة لها عند الجمهور ، إذ لا نفقة لها في الزواج الفاسد ، فلا نفقة لها في أثناء العدة منه .

وأوجب المالكية لها إن كانت حاملاً النفقة على الواطئ ؛ لأنها محتبسة بسببه ، فإن كانت غير حامل أو فسخ نكاحها بلعان ، فيجب لها السكنى فقط في المحل الذي كانت فيه .

خامساً- الإحداد أو الحداد :

الإحداد أو الحداد في اللغة : الامتناع من الزينة ، واصطلاحاً : ترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب . وهو خاص بالبدن ، فلا مانع من تجميل فراش وبساط وستور ، وأثاث بيت وجلوس امرأة على حرير .

ويباح للمرأة الحداد على قريب كأب وأم وأخ ثلاثة أيام فقط ، ويحرم إحداد

(١) رواه أحمد والنسائي (نيل الأوطار : ٦/٣٠٥) .

فوق ثلاث على ميت غير زوج، للحديث الصحيح المتقدم: «لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»[1] وللزوج منع زوجته من الحداد على الأقرباء؛ لأن الزينة حقه.

ومدة الحداد على الزوج أربعة أشهر وعشرة أيام.

والإحداد على الزوج خاص في رأي الحنفية بالمرأة البالغة المسلمة ولو أمة، فلا إحداد على صغيرة وذمية؛ لأنهما غير مكلفين. ولا إحداد على أم الولد؛ لأنها ليست زوجة.

ويشمل الحداد عند الجمهور كل زوجة بنكاح صحيح، صغيرة أو كبيرة، أو مجنونة، مسلمة أو كتابية، وكذا الأمة الزوجة في رأي الحنابلة، ولا يجب الإحداد على الإماء في رأي المالكية والشافعية؛ لأنهن لسن زوجات، وأما الصغيرة والذمية فلأن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا، وإنما يفترقان في الإثم، فكذلك الإحداد، ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة، فكذلك فيما عليها.

ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها، والأمة التي يطؤها سيدها، والموطوءة بشبهة والمزني بها والمنكوحة نكاحاً فاسداً؛ لأن نص الحديث السابق خص الحداد بالزوج، ولأن ذات النكاح الفاسد ليست زوجة على الحقيقة.

والإحداد واجب شرعاً على الزوجات. وقد اتفق الفقهاء على عدم وجوب الحداد على الرجعية؛ لأنها في حكم الزوجة، لها أن تتزين لزوجها، وتستشرف له ليرغب فيها ويعيدها إلى ما كانت عليه من الزوجية.

واتفقوا أيضاً على وجوب الحداد على المتوفى عنها زوجها، للحديث السابق أن

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أم سلمة (نيل الأوطار : ٦/٢٩٢) .

أم حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبي سفيان، انتظرت ثلاثة أيـام، ثم دعت بطيب، وقالت: والله ما لي بالطيب من حاجة، غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً».

وأوجب الحنفية الحداد أيضاً على المبتوتة أو المطلقة طلاقاً بائناً؛ لأنه حق الشرع، وإظهاراً للتأسف على فوات نعمة الزواج، كالمتوفى عنها.

ولم يوجبه الجمهور عليها، وإنما يستحب فقط: لأن الزوج أذاها بالطلاق البائن، فلا تلزم بإظهار الحزن والأسف على فراقه، ولأنها معتدة من طلاق كالرجعية، وإنما يستحب لها الحداد لئلا تدعو الزينة إلى الفساد.

ويكون الإحداد بترك التجميل، وهو أن تجتنب ما يلي:

١ً - الزينة بحلي ولو خاتم ذهب أو فضة، أو حرير مطلقاً ولو كان أسود. وأجاز بعض الشافعية كابن حجر التحلي بالذهب والفضة، وأجاز الحنابلة لبس الحرير الأبيض: لأنه مألوف.

٢ً - الطيب في البدن والامتشاط، لا في الثياب، لما فيه من الترفه واجتذاب الأنظار، ومنعها المالكية من الاتجار في الطيب وعمله.

٣ً - الدهن المطيب وغير المطيب: لأن فيه زينة الشعر، ولا يخلو الدهن عن نوع طيب.

٤ً - الكحل، لما فيه من زينة العين. وأجاز فقهاء المذاهب كلهم الكحل لضرورة أو حاجة ليلاً لا نهاراً.

٥ً - الحناء وكل أنواع الخضاب والصباغ، لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب، كما سيأتي.

٦ً ـ لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالأحمر أو الأصفر.

ودليـل ذلـك حـديث أم سَلَمـة عن النبي ﷺ قـال: «المتـوفى عنهـا زوجهـا: لا تَلْبَس المُعَصْفر من الثيـاب، ولا الممشَّقـة[1]، ولا الحُلِي، ولا تختضب، ولا تكتحل»[2] وفي رواية أخرى: «ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء، فإنه خضـاب»، وعن أم عطيـة قـالت: «كنـا نُنهى أن نحـدَّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعـة أشهر وعشراً، ولا نكتحـل، ولا نتطيب، ولا نلْبَس ثـوبـاً مصبـوغـاً إلا ثـوب عَصْب»[3].

ويجوز للمرأة فعل شيء مما سبق للضرورة؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات.

ويباح لها لبس الأسود في المذاهب الأربعة. ولم يجز الظـاهريـة[4] الكحل ولو لضرورة، ولا الأسود؛ لأنـه كالأحمر والأصفر، ولم يجز المـالكيـة لبس الأسود إذا كان يتزين به في قوم.

ويباح لها عند الجمهور دخول الحمـام المنزلي وغسل الرأس بـالصـابون ونحوه، ولم يجز المالكية لها دخول الحمام إلا لضرورة:

ولهـا قص الأظـافر ونتف إبـط وحلـق عـانـة (استحـداد) وإتبـاع دم الحيض بطيب.

فإن تركت المتوفى عنها الحداد عصت الله تعالى إن علمت حرمة الترك، ويعصي

---

(١) المشقة: المصبوغة بالمَشْق وهو المَغْرة أي الطين الأحمر يصبغ به.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن أم سلمة (نيل الأوطار: ٢٩٦/٦).

(٣) رواه البخاري ومسلم عن أم عطية (نيل الأوطار: ٢٩٥/٦) وثوب العصب: نوع من برود اليمن يعصب غزلـه أي يجمع، ثم يشد، ثم ينسج معصوباً، فيصبح موشى لبقـاء مـاعصب منـه أبيض لم ينصبغ، وإنمـا ينصبـغ السَدى دون اللُّحمة، والسدى: مامُدّ من خيوط الثوب، وضده اللحمة: وهو مانسج عرضاً.

(٤) المحلى: ٣٣٥/١٠، مسألة ٢٠٠٠.

ولي الصغيرة والمجنونة في رأي غير الحنفية إن لم يمنعها ، وتنقضي عدتها بمضي الزمان مع العصيان ، كما لو فارقت المنزل .

سادساً ـ ثبوت نسب الولد المولود في العدة :

يثبت نسب ولد المطلَّقة الرجعية من الزوج في رأي الحنفية إذا جاءت بالولد لسنتين أو أكثر، ولو طالت المدة ، لاحتمال امتداد طهرها ، وعلوقها في العدة ، ما لم تقر بانقضاء عدتها ، وكانت المدة تحتمله .

ويثبت نسب ولد المبتوتة بلا دعوى ، ما لم تقر بانقضاء العدة إذا جاءت به لأقل من سنتين ؛ لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق ، والحمل عندهم لا يبقى أكثر من سنتين . فإن جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة ، لم يثبت نسبه من الزوج ؛ لأنه حادث بعد الطلاق ، فلا يكون منه ؛ لأن وطأها حرام ، إلا أن يدعيه الزوج ؛ لأنه التزمه ، وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة .

ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ، ولو غير مدخول بها ، إذا لم تقر بانقضاء عدتها ، ما بين الوفاة وبين سنتين .

وإذا اعترفت المعتدة مطلقاً (أي معتدة) بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ثبت نسبه ، لظهور كذبها بيقين ، فبطل الإقرار. وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر، لم يثبت نسبه ؛ لأنه علم بالإقرار أنه حدث بعده ؛ لأنها أمينة في الإخبار، وقول الأمين مقبول إلا إذا تحقق كذبه .

وتنطبق هذه الأحكام في المذاهب الأخرى ، بملاحظة أن أقصى مدة الحمل عند الشافعية والحنابلة أربع سنين ، وعند المالكية : خمس سنين .

سابعاً ـ ثبوت الإرث في العدة :

إذا مات أحد الزوجين قبل انقضاء عدة المطلقة طلاقاً رجعياً، ورثه الآخر بلا خلاف، سواء أكان الطلاق في حال المرض أم في حال الصحة؛ لبقاء الزوجية حكماً، فتكون سبباً لاستحقاق الإرث من الجانبين.

فإن كان الطلاق بائناً أو ثلاثاً في حال الصحة، فمات أحد الزوجين في العدة لم يرثه الآخر.

وإن كان الطلاق بائناً أو ثلاثاً في حال المرض، فإن كان برضاها لا ترث بالإجماع، وإن كان بغير رضاها فإنها ترث من زوجها عند الجمهور عملاً بما روي عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وعائشة وأبي بن كعب، ومعاملة للمطلّق بنقيض مقصوده، وهذا هو طلاق الفرار، وقد تقدم بيانه. ولا ترث عند الشافعية، لزوال النكاح بالإبانة أو الثلاث، فلا يثبت الإرث.

ثامناً ـ لحوق الطلاق في العدة :

إن طلق الرجل زوجته طلقة فقط، فاعتدت منه، ثم طلقها طلقة ثانية وثالثة، فيلحقها الطلاق إلى انقضاء العدة. وقد سبق بيانه.

الاستبراء :

معناه : لغة طلب البراءة. وشرعاً: تربص الأَمَة الرقيقة مدة بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً أو بشبهة، أو تربص المزني بها، لمعرفة براءة الرحم، أو للتعبد[1].

حكمه : يجب الاستبراء بالاتفاق، منعاً من اختلاط المياه واشتباه الأنساب،

---

(1) الدر المختار: ٢٦٤/٥ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤٠٨/٣، الشرح الصغير: ٦٧٧/٢، ٧٠١، كشاف القناع: ٥٠٣/٥ وما بعدها.

حتى لو أنكره شخص، كفر في رأي بعضهم للإجماع على وجوبه[1]، ولقوله ﷺ في سبي أوطاس[2]: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غيرُ حامل حتى تحيض حيضة»[3] وقوله عليه السلام: «لا يقعن رجل على امرأة، وحملُها لغيره»[4] وقوله أيضاً: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يسقي ماءَه ولدَ غيره»[5] وزاد أبو داود في روايته: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يقعن على امرأة من السبي حتى يستبرئها».

أسبابه: ذكر الفقهاء أسباباً للاستبراء هي ما يأتي:

رأي **الحنفية**[6]: يجب الاستبراء بملك الاستمتاع بالأمة ملك اليمين، بأي نوع من أنواع الملك كشراء، وإرث، وسبي، ودفع بدل جناية، وفسخ بيع بعد القبض ونحوها كهبة ورجوع عنها، وصدقة، ووصية، وبدل خلع أو صلح أو كتابة أو عتق أو إجارة.

ولا بأس بحيلة إسقاط الاستبراء إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها بأن يعقد عليها عقد زواج ويقبضها ثم يشتريها، فتحل له للحال.

وذكر **الشافعية**[7] سببين للاستبراء: وهما كما قرر الحنفية ملك وزوال ملك، ثم قالوا: قد يجب بسبب آخر، كأن يطأ رجل أمة غيره ظاناً أنها أمته، أي الوطء بشبهة.

أما الملك: فهو ملك أمة بشراء، أو إرث، أو هبة، أو سبي بعد القسمة، أو رد

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢٦٤/٥.

(٢) أوطاس: واد في ديار هوازن، قال ابن حجر: والراجح أن وادي أوطاس غير وادي حنين.

(٣) رواه أحمد وأبو داود عن أبي سعيد الخدري (نيل الأوطار: ٣٠٥/٦).

(٤) رواه أحمد عن أبي هريرة.

(٥) رواه أحمد والترمذي وأبو داود عن رويفع بن ثابت (انظر الحديثين في نيل الأوطار: ٣٠٦/٦).

(٦) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٢٦٥/٥، ٢٦٧.

(٧) مغني المحتاج: ٤٠٨/٣ ـ ٤١٠، المهذب: ١٥٣/٢.

بعيب، أو تحالف أو إقالة، أو قبول وصية أو غيرها كفسخ بفلس ورجوع في هبة. ويجب استبراء مكاتبة لم تستطع أداء أقساط الكتابة، لعود ملك التمتع بعد زواله، واستبراء مرتدة في الأصح، لزوال ملك الاستمتاع ثم إعادته، ويجب استبراؤها ولو منتقلة من ملك صبي أو امرأة.

وأما زوال الملك: فهو زوال حق الاستمتاع عن الأمة الموطوءة أو المستولدة، بعتق أو موت السيد.

وإن ملك شخص أمة مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو ذات زوج، لم يصح استبراؤها في هذه الأحوال؛ لأن الاستبراء يراد للاستباحة، ولا توجد الاستباحة في هذه الأحوال. فإن زالت الزوجية أو العدة أو الردة، وجب الاستبراء في الأظهر.

وأما **الحنابلة**[1] فذكروا ثلاثة أسباب للاستبراء: هي ملك وإزالة ملك وعتق وإيضاحها فيما يأتي:

١ً- إذا ملك ولو طفلة أمة ببيع أو هبة أو إرث أو سبي أو وصية أو غنيمة أو غيرها مما ذكر في المذهبين السابقين، فلا يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها إلا بالاستبراء بحيضة إذا كانت تحيض، أو بوضع الحمل إذا كانت حاملاً.

٢ً- إن وطئ أمته ثم أراد تزويجها أو بيعها، لم يجز له ذلك حتى يستبرئها كما سبق في الحالة الأولى.

٣ً- إذا أعتق أم ولده أو أعتق أمته التي كان يصيبها قبل استبرائها أو مات عنها، لزمها استبراء نفسها؛ لأنها موطوءة له وطأ له حرمة، فلزمها استعلام براءة رحمها، كالموطوءة بشبهة.

وأما مذهب **المالكية**[2] فقد حدد أربعة أسباب للاستبراء وهي:

---

(١) كشاف القناع: ٥/٥٠٧ - ٥٠٩.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٤٠، الشرح الصغير: ٢/٧٠١ - ٧٠٤.

١ً ـ حصول ملك الأمة بشراء أو إرث أو هبة أو غنيمة أو غيرها ، ولو من صبي أو امرأة ، كما سبق في المذاهب الأخرى . ويجب الاستبراء على كل من المتملك الذي صارت إليه ، وعلى البائع ، وإن اتفقا على استبراء واحد ، جاز. ورأى بقية الأئمة أن الاستبراء على المشتري خاصة . وهذا سبب متفق عليه .

ويجب الاستبراء بشروط أربعة **في رأي المالكية** وهي :

أ ـ إن لم تعلم براءتها : فإن علم براءتها من الحمل كمودعة عنده أو مرهونة أو مبيعة بالخيار تحت يده ، وحاضت زمن ذلك ، ولم تخرج ولم يدخل عليها سيدها ، ثم اشتراها فلا استبراء عليها .

ب ـ ولم تكن مباحة الوطء حال حصول الملك ، كزوجته التي يشتريها مثلاً ، فلا استبراء عليه ، وهذا متفق عليه بين المذاهب .

جـ ـ ولم يحرم وطؤها في المستقبل ، كعمته وخالته من نسب أو رضاع ، وكأم زوجته ، فلا استبراء عليها لعدم حل وطئها .

د ـ وأطاقت الوطء : فلا استبراء لصغيرة كبنت خمس سنين ، لعدم إمكانه عادة .

٢ً ـ زوال الملك بعتق أو بموت السيد أو بغيرهما . وهذا متفق عليه .

٣ً ـ الزنى : إذا زنت الحرة طائعة أو مكرهة ، استبرئت بثلاث حيضات ، والأمة بحيضة ، والحامل منهما بوضع حملها .

٤ً ـ سوء الظن : من تطرق إليها سوء الظن من خروج في الطرقات وغيرها ، وحب استبراؤها في المشهور. فإن كانت في سن الحيض فاستبراؤها بحيضة ، وإن لم تحض فتسعة أشهر، وإن كانت صغيرة أو يائسة فثلاثة أشهر، وهو المشهور عن أحمد ، وقال أبو حنيفة والشافعي : شهر، وإن كانت حاملاً فوضع الحمل .

نوع الاستبراء ومدته :

لا يجوز في الاستبراء[1] الوطء ولا غيره من الاستمتاع كتقبيل ونظر بشهوة. وأجاز الشافعية الاستمتاع بغير الوطء في المسبية التي وقعت في سهمه من الغنيمة، لمفهوم الخبر السابق: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة».

واتفق الفقهاء عملاً بهذا الحديث على أن استبراء من تحيض بحيضة، والحامل بوضع الحمل. واختلفوا فيمن لا تحيض وهي صغيرة وآيسة ومنقطعة حيض[2]:

فمذهب الحنفية والشافعية: تستبرأ بشهر؛ لأن الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والأمة المطلّقة، فكذلك في الاستبراء.

ومذهب المالكية، والحنابلة في المشهور عن أحمد كما في المغني: تستبرأ الصغيرة والآيسة بثلاثة أشهر؛ لأن كل شهر قائم مقام قرء، وتستبرأ الآيسة الحرة بثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء. وجاء في كشاف القناع أن من لا تحيض تستبرأ بشهر.

أما من تأخر حيضها عن عادتها ولو لرضاع أو مرض أو استحيضت ولم تميز الحيض من غيره، فتستبرأ بثلاثة أشهر أيضاً في رأي المالكية، وبعشرة أشهر في رأي الحنابلة تسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة إن ارتفع حيضها ولم تدر ما رفعه. وإن علمت سبب رفع الحيض من مرض أو رضاع أو نفاس، ولم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض، فتستبرئ نفسها بحيضة، إلا أن تصير آيسة فتستبرئ نفسها استبراء الآيسات بثلاثة أشهر. وإن ارتابت الأمة المستبرأة بنفسها فهي كالحرة المستريبة، تستبرأ بسنة كاملة.

---

(١) الدر المختار: ٥/٢٦٥، القوانين الفقهية: ص ٢٤٠، مغني المحتاج: ٣/٤١٢، كشاف القناع: ٥/٥٠٤.

(٢) الدر المختار: ٥/٢٦٥، القوانين الفقهية: ص ٢٤٠، الشرح الصغير: ٢/٧٠٥ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣/٤١١، كشاف القناع: ٥/٥١١، المغني: ٧/٤٩٩، ٥٠٢ ـ ٥٠٤، المهذب: ٢/١٥٤.

وهل هناك عدة بسبب الزنا أو بعد زواج باطل ؟

إذا زنت الزوجة أو تزوج رجل امرأة زواجاً متفقاً على بطلانه كأن يتزوج محرمه أو معتدة يعلم حالها أو زوجة يعلم أنها زوجة غيره ثم دخل بها .

فإن حملت المرأة في هذه الحالة ، فلا يحل لزوجها أن يقربها حتى تضع الحمل باتفاق المذاهب .

وأما إن لم يكن هناك حمل : فلا تجب العدة عند الحنفية والشافعية في الزنا ولا في الزواج الباطل ؛ لأنه في حكم الزنا ، واستحسن الإمام محمد بن الحسن استبراءها بحيضة .

ويجب عند المالكية والحنابلة استبراؤها بثلاث حيضات منذ وطئها الرجل ، سواء فارقها أو مات عنها ، ويحرم على زوجها أن يقربها في مدة الاستبراء .

أما إذا تزوجها الرجل ، وهو لا يعلم بأنها زوجة غيره ،ودخل بها ، ثم فرق بينهما ، وجب عليها العدة بالاتفاق ؛ لأن العقد يكون فاسداً ، والعقد الفاسد تجب العدة فيه بالدخول اتفاقاً .



الباب الثالث
حقوق الأولاد

يشتمل على خمسة فصول:

الأول ـ النسب.
الثاني ـ الرضاع.
الثالث ـ الحضانة.
الرابع ـ الولاية.
الخامس ـ النفقات ـ نفقة الأولاد والزوجة وغيرهم.

ذلك لأن بناء الأسرة بناء قوياً لا يتم إلا بثبوت نسب الأولاد من أبويهم، حتى يحفظوا من الضياع، وبإرضاعهم؛ لأن الرضاع أول مقومات الحياة الأولى، وبحضانتهم لحاجتهم الشديدة إلى رعايتهم في سن الضعف والطفولة، وبالولاية عليهم في النفس والمال إن كان لهم مال، لاحتياجهم إلى من يرعى شؤونهم في التربية والتعليم، وحفظ أموالهم واستثمارها، وبالإنفاق عليهم قبل البلوغ بسبب عجزهم.

ونبحث هذه الفصول تباعاً فيما يأتي:



الفصل الأول

النسب

يشتمل على تمهيد ومبحثين: الأول ـ في أسباب ثبوت النسب، والثاني ـ في طرق إثبات النسب:

تمهيد ـ عناية الشرع بالنسب وتحريم التبني والإلحاق من طريق غير مشروع:

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية، فالولد جزء من أبيه، والأب بعض من ولده. ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان، إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة، وذابت الصلات بينها، ولما بقي أثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها، لذا امتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب، فقال سبحانه: ﴿وهو الذي خلق من الماء بشراً، فجعله نسباً وصهراً، وكان ربك قديراً﴾.

ومنع الشرع الآباء من إنكار نسب الأولاد، وحرم على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي، فقال ﷺ: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم[1]، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه،

---

(١) أي أنها أتت بولد زنا.

احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة»[١].

ومنع الشرع أيضاً الأبناء من انتسابهم إلى غير آبائهم، فقال ﷺ: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم، فالجنة عليه حرام[٢]» وقال أيضاً: «من ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة»[٣].

وحرمت الشريعة نظام التبني وأبطلته بعد أن كان في الجاهلية وصدر الإسلام، وقد تبنى النبي ﷺ زيد بن حارثة قبل النبوة، وكان يدعى «زيد بن محمد» إلى أن نزل قوله تعالى: ﴿ وما جعل أدعياءكم أبناءكم، ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق، وهو يهدي السبيل. ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم، فإخوانكم في الدين ومواليكم ﴾[٤]. ذكر القرطبي في تفسيره: أنه أجمع أهل التفسير على أن هذه نزلت في زيد بن حارثة. وروى الأئمة أن ابن عمر قال: «ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد، حتى نزلت: ﴿ ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ﴾» أي أعدل وأحق عند الله.

فالعدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي، لا لأبيه المزور، والإسلام دين الحق والعدل، والعنصر الغريب عن الأسرة ذكراً أو أنثى لا ينسجم معها قطعاً في خلق ولا دين، وقد تقع مفاسد ومنكرات عليه أو منه، لإحساسه بأنه أجنبي، فمن تبنى لقيطاً أو مجهول النسب دون أن يدعي أنه ولده، لم يكن ولده حقيقة، فلا يثبت التوارث بينهما، ولا تجري عليه أحكام التحريم بالقرابة. ومن كان له أب معروف نسب إلى أبيه، ومن جهل أبوه دعي مولىً وأخاً في الدين، منعاً من تغيير الحقائق، وحفظاً لحقوق الآباء والأولاد من الضياع أو الانتقاص، وتوفيراً

---

(١) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة، وهو صحيح.

(٢) رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن سعد بن أبي وقاص وأبي بكرة، وهو صحيح.

(٣) رواه أبو داود عن أنس.

(٤) الأحزاب: ٤، ٥.

لوحدة الانسجام في الأسرة، فكثيراً ما أساء الولد المتبنى للزوجين وأقاربها في العرض والمال.

لكن لم يمنع الإسلام تربية ولد لقيط وتعليمه، ثم حجبه عن الأسرة بعد البلوغ أو قبله بقليل، وإنما فتح باب الإحسان إليه على أوسع نطاق، وعدّ ذلك إنقاذاً للنفس من الهلاك، وإحياء لنفس بشرية، ومن أحيا نفساً فكأنما أحيا الناس جميعاً.

ونسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية أو غير شرعية، أما نسب الولد من أبيه، فلا يثبت إلا من طريق الزواج الصحيح أو الفاسد، أو الوطء بشبهة، أو الإقرار بالنسب، وأبطل الإسلام ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا، فقال ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»[1] ومعناه أن الولد يلحق الأب الذي له زوجية صحيحة، علماً بأن الفراش هو المرأة في رأي الأكثر، وقد يعبر به عن حالة الافتراش، وأما الزنا فلا يصلح سبباً لإثبات النسب، وإنما يستحق الزاني العاهر الرجم أو الطرد بالحجارة.

وقد دل ظاهر الحديث على أن الولد إنما يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش، وهو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في الزواج الصحيح أو الفاسد. وهو رأي الجمهور. وروي عن أبي حنيفة أنه يثبت بمجرد العقد؛ لأن مجرد المظنة كافية. ورد بمنع حصولها بمجرد العقد، بل لا بد من إمكان الوطء[2].

المبحث الأول ـ أسباب ثبوت النسب:

لا بد قبل بيان أسباب ثبوت النسب من توضيح أمور ثلاثة:

الأول ـ مدة الحمل.

---

(١) رواه الجماعة إلا الترمذي، والجماعة: أحمد وأصحاب الكتب الستة (نيل الأوطار: ٢٧٩/٦).

(٢) نيل الأوطار: ٢٧٩/٦ وما بعدها، بداية المجتهد: ٣٥٢/٢، البدائع: ٢١٢/٣، فتح القدير: ٣٠٠/٣.

الثاني ـ الخلاف في الولادة وتعيين المولود .
الثالث ـ إثبات نسب الولد بالقيافة .

مدة الحمل :

لا يثبت نسب الحمل بصفة عامة إلا إذا أتى في فترة واقعة بين أقل الحمل وأكثرها ، كما أبنا سابقاً في بحث العدة وغيرها .

أما أقل الحمل : فقد اتفق الفقهاء[1] على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من وقت الدخول و إمكان الوطء في رأي الجمهور ، ومن وقت عقد الزواج في رأي أبي حنيفة ، لأن المرأة هي فراش للزوج و يلحقه الولد لعموم الحديث المتقدم «الولد للفراش» . ودليل الجمهور : أن المرأة ليست بفراش إلا بإمكان الوطء ، وهو مع الدخول .

ودليل إجماع العلماء على أقل مدة الحمل : العمل بمجموع آيتين في القرآن الكريم هما : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ﴿ وفصاله في عامين ﴾ فالآية الأولى حددت الحمل والفصال ، أي الفطام بثلاثين شهراً ، وحددت الآية الثانية الفصال بعامين ، فبإسقاط مدة العامين للفصال تكون مدة الحمل ستة أشهر ، والواقع والطب يؤيدان ذلك .

وروي أن رجلاً تزوج ، فولدت امرأته لستة أشهر من وقت الزواج ، فرفع الأمر إلى عثمان رضي الله عنه ، فهمَّ برجمها ، فقال ابن عباس : «أما إنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم ـ أي غلبتكم ـ» قال الله تعالى : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ وقال : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ ، فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فأخذ عثمان بقوله ، ودرأ عنها الحد[2] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٣٥٢ .
(٢) البدائع : ٣/٢١١ .

وأما أكثر مدة الحمل : ففيه للعلماء أقوال[1] أشهرها ما يأتي :

١ً ـ سنتان وهو رأي الحنفية ، لقول عائشة رضي الله عنها : « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ، ولو بفلكة مغزل »[2] فإن ولد الحمل لسنتين من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ثبت نسبه من أبيه المطلّق أو الميت .

٢ً ـ أربع سنين ، وهو رأي الشافعية والحنابلة ؛ لأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد الحمل لأربع سنين ؛ لأن نساء بني عجلان يحملن أربع سنين ، كما قال الإمامان أحمد والشافعي ، وكما ذكر سابقاً .

فإذا ولدت المرأة لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ، ولا وطئت ، ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل ، فإن الولد لاحق بالزوج ، وعدتها منقضية بوضعه .

وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ ، أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية ، لم يلحقه ولدها ؛ لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح ، والبينونة منه .

٣ً ـ خمس سنين : وهو المشهور عن المالكية والليث بن سعد وعباد بن العوام ، قال مالك : بلغني عن امرأة حملت سبع سنين .

٤ً ـ سنة قمرية : وهو رأي محمد بن عبد الحكم من المالكية .

٥ً ـ تسعة أشهر قمرية : وهو رأي ابن حزم الظاهري ، وعمر بن الخطاب رضي الله عنه . ويظهر أن الأقوال الثلاثة الأولى روعي فيها إخبار بعض النساء ، اللاتي

---

(١) الدر المختار: ٨٥٧/٢ ، فتح القدير : ٣١٠/٣ ، الكتاب مع اللباب : ٨٧/٣ ، بداية المجتهد : ٣٥٢/٢ ، مغني المحتاج : ٣٩٠/٣ ، المغني : ٤٧٧/٧ وما بعدها ، المحلى : ٣٨٥/١٠ ، مسألة ٢٠١١ .

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي في سننيهما .

ترين أن انتفاخ البطن علامة الحمل. لذا قال ابن رشد: «وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب بالمعتاد، لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلاً».

وقد رئي في القوانين المعمول بها الاعتماد على رأي الأطباء، فاعتبر أقصى مدة الحمل سنة شمسية (٣٦٥ يوماً) ليشمل كل الحالات النادرة. نصت المادة (١٢٨) من القانون السوري على أن: «أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً، وأكثرها سنة شمسية» وكون أقل الحمل (١٨٠) يوماً هو رأي الجمهور، وخالفهم المالكية فقدروها بـ (١٧٥) يوماً؛ لأن الأشهر الهلالية قد يتوالى منها ثلاثة أشهر بمقدار (٢٩) يوماً، ويجوز أن يليها شهران ناقصان أيضاً، فتكون أيام الأشهر الستة (١٧٥) يوماً.

ونصت المادة (١٥) من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلّقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

وأخذ بهذا التقدير في كل من تونس والمغرب وغيرهما.

الخلاف في الولادة وتعيين المولود:

قد يقع اختلاف بين الزوجين في ولادة المعتدة أو في تعيين المولود أثناء المدة التي يثبت فيها النسب[1].

أما الخلاف في ولادة المعتدة: فهو أن تدعي المعتدة ولادة ولد خلال المدة التي يثبت فيها النسب، وينكر الزوج قائلاً: إنها لم تلد، وهذا الولد لقيط، فلا يثبت نسبه منه عند أبي حنيفة إلا إذا شهد بولادتها رجلان، أو رجل وامرأتان؛ لأن عدتها

---

(١) فتح القدير: ٣/٣٠٦ - ٣٠٩.

انقضت بإقرارها بوضع الحمل، فاحتيج إلى إثبات النسب، بنحو مستقل في القضاء، ولا يثبت إلا بحجة كاملة.

وقال الصاحبان: يثبت النسب بشهادة امرأة واحدة، لأن الفراش: وهو تعين المرأة لماء الزوج، بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده، قائم بقيام العدة، وقيام الفراش ملزم للنسب، فلا حاجة لإثباته، وإنما الحاجة إلى تعيين الولد، وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة، كما في حال قيام الزواج أو ظهور الحبل أو إقرار الزوج به. وهذا هو المعمول به في محاكم مصر؛ لأن المرأة ما دامت في العدة فإن سبب ثبوت النسب قائم.

واتفق الإمام أبو حنيفة وصاحباه على أنه إذا كان هناك حبل ظاهر، أو اعتراف من الزوج بالولد أو الحبل، أو كان الزواج قائماً، فيثبت النسب من الزوج بلا شهادة، والقول قول المرأة في الولادة بيمينها.

وأما الاختلاف بين الزوجين في تعيين المولود: فهو أن يعترف الزوج بالولادة، ولكنه ينكر شخص المولود، بأن يقول: إنها ولدت بنتاً، وهذا الولد غلام. فيتعين المولود بشهادة امرأة واحدة باتفاق الحنفية وهو رأي الحنابلة أيضاً، لما رواه الدارقطني عن حذيفة «أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة»، ولما رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق عن الزهري قال: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن»[1].

وقال المالكية: تعيين المولود كالولادة لا يثبت إلا بشهادة امرأتين.

ورأى الشافعية: أن أمور النساء لا يكفي فيها أقل من أربع نسوة، لأن الله عز وجل جعل مكان الرجل الواحد شهادة امرأتين.

---

(١) نصب الراية: ٣/٢٦٤.

إثبات نسب الولد بالقيافة :

إذا تزوجت المعتدة بزوج آخر في أثناء عدتها من زوج سابق ، وأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، فمن الذي يلحق به ؟

وإذا ادعى رجلان أو ثلاثة لقيطاً ، فمن الذي يحكم له به ؟ هل يمكن إثبات نسب الولد في هاتين الحالتين بالقيافة أو بالقافة ؟ والقيافة : تتبع الأثر ، والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه الناس .

اختلف الفقهاء على رأيين في الاعتماد على القافة[1] :

فرأى الحنفية : أن الأصل ألا يحكم لأحد المتنازعين في الولد ، إلا أن يكون هناك فراش[2] ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «الولد للفراش» ، فإن عدم الفراش أو اشتركا في الفراش ، كان الولد بينهما ، ولا يعمل بقول القائف ، بل يحكم بالولد الذي ادعاه اثنان لهما جميعاً .

ورأى الجمهور وهم (مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي) : أنه يحكم بالقيافة ، بدليل قول عائشة : «إن رسول الله ﷺ دخل عليّ مسروراً ،تبرُق أسارير وجهه ، فقال : ألم تري أن مُجَزِّزاً[3] نظر إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[4] ففيه دليل على ثبوت العمل بالقافة .

وأثبت عمر بن الخطاب وابن عباس وأنس بن مالك الحكم بالقافة ، فكان عمر

---

(١) بداية المجتهد : ٣٥٢/٢ وما بعدها ، المغني : ٤٨٣/٧ ، نيل الأوطار : ٢٨٢/٦وما بعدها .

(٢) اختلف في معنى الفراش ، فذهب الأكثر إلى أنه اسم للمرأة ، وقد يعبر به عن حالة الافتراش ، وقيل : إنه اسم للزوج ، وفي القاموس : إن الفراش زوجة الرجل .

(٣) تبرق أسارير وجهه : أطلق على ما يظهر على وجه من سره ، وسمي هذا الرجل القائف مجززاً لأنه جز نواصي قوم ، وهو مجزز المدلجي .

(٤) رواه الجماعة عن عائشة (نيل الأوطار : ٢٨٢/٦) .

يليط[1] أولاد الجاهلية بمن استلاطهم ـ أي بمن ادعاهم في الإسلام ـ فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا قائفاً، فنظر إليه، فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بالدِّرة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني بخبرك، فقالت: كان هذا لأحد الرجلين، يأتي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يُظن، ونظن أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها، فأهريقت عليه دماً، ثم خلف هذا عليها، تعني الآخر، فلا أدري أيهما هو، فكبر القائف، فقال عمر للغلام: والِ أيهما شئت[2] قالوا: فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع.

أسباب ثبوت النسب من الأب:

سبب ثبوت نسب الولد من أمه: هو الولادة، شرعية كانت أم غير شرعية، كما قدمنا، وأما أسباب ثبوت النسب من الأب فهي:

١ ـ الزواج الصحيح.
٢ ـ الزواج الفاسد.
٣ ـ الوطء بشبهة.

ونبين كل سبب على حدة فيما يأتي:

أولاً ـ الزواج الصحيح:

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجاً صحيحاً ينسب إلى زوجها، للحديث المتقدم: «الولد للفراش»، والمراد بالفراش: المرأة التي يستفرشها الرجل ويستمتع بها. وذلك بالشروط الآتية[3]:

---

(١) ألاط فلاناً بفلان: ألحقه به.

(٢) رواه مالك عن سليمان بن يسار.

(٣) البدائع: ٢١١/٣ وما بعدها، الدر المختار: ٨٥٧/٢ وما بعدها، فتح القدير: ٣٠١/٣، المغني: ٤٢٨/٧ وما بعدها.

الشرط الأول ـ أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة، بأن يكون بالغاً في رأي المالكية والشافعية، ومثله في رأي الحنفية والحنابلة المراهق: وهو عند الحنفية من بلغ اثنتي عشرة سنة، وعند الحنابلة: من بلغ عشر سنوات، فلا يثبت النسب من الصغير غير البالغ، حتى ولو ولدته أمه لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج. ولا يثبت النسب في رأي المالكية من المجبوب الممسوح: وهو الذي قطع عضوه التناسلي وأنثياه. أما الخصي: وهو من قطعت أنثياه أو اليسرى فقط، فيرجع في شأنه للأطباء المختصين، فإن قالوا: يولد له، ثبت النسب منه، وإن قالوا: لا يولد له لا يثبت النسب منه.

ويثبت النسب في رأي الشافعية والحنابلة[1] من المجبوب الذي بقي أنثياه فقط، ومن الخصي الذي سُلَّت خصيتاه وبقي ذكره، ولا يثبت من الممسوح المقطوع جميع ذكره وأنثييه.

الشرط الثاني ـ أن يلد الولد بعد ستة أشهر من وقت الزواج في رأي الحنفية، ومن إمكان الوطء في رأي الجمهور، فإن ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر، لا يثبت نسبه من الزوج اتفاقاً، وكان دليلاً على أن الحمل به حدث قبل الزواج، إلا إذا ادعاه الزوج، ويحمل ادعاؤه على أن المرأة حملت به قبل العقد عليها، إما بناء على عقد آخر، وإما بناء على عقد فاسد أو وطء بشبهة، مراعاة لمصلحة الولد، وستراً للأعراض بقدر الإمكان.

الشرط الثالث ـ إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد: وهذا شرط متفق عليه، وإنما الخلاف في المراد به أهو الإمكان والتصور العقلي، أو الإمكان الفعلي والعادي؟

قال الحنفية: الحق أن التصور والإمكان العقلي شرط، فمتى أمكن التقاء

(١) مغني المحتاج: ٣٩٦/٣، المغني: ٤٣٠/٧

الزوجين عقلاً ثبت نسب الولد من الزوج إن ولدته الزوجة لستة أشهر من تاريخ العقد، حتى ولو لم يثبت التلاقي حساً. فلو تزوج مشرقي مغربية، ولم يلتقيا في الظاهر مدة سنة، فولدت ولداً لستة أشهر من تاريخ الزواج، ثبت النسب، لاحتمال تلاقيهما من باب الكرامة، وكرامات الأولياء حق، فتظهر الكرامة بقطع المسافة البعيدة في المدة القليلة، ويكون الزوج من أهل الخطوة الذين تطوى لهم المسافات البعيدة. وفي رأيي أن هذا التعليل غير مقبول عادة، والصحيح أن الحنفية يثبتون النسب من تاريخ العقد، عملاً بحديث «الولد للفراش» وإن لم يتحقق إمكان الوطء أو الدخول. وفي هذا احتياط للولد وعدم ضياعه وستر على العِرْض، ومنع من وقوع مشكلة اللقطاء، فألحق الولد بمن له زوجية صحيحة. فإن تيقن الزوج أن الولد ليس منه فله أن ينفيه باللعان.

ورفض الأئمة الثلاثة هذا المنطق، وقالوا: يشترط إمكان التلاقي بالفعل أو الحس والعادة، وإمكان الوطء والدخول، لأن الإمكان العقلي نادر ولا يصح أن يكون له دور في نطاق العقود الظاهرة، والأحكام إنما تنبني على الكثير الغالب والظاهر المشاهد، لا القليل النادر، أو الخفي غير المحتمل عادة، فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلاً، لم يثبت نسب الولد من الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل، لذا أخذت القوانين بهذا الرأي، وهو الصحيح لاتفاقه مع قواعد الشريعة والعقل.

وفائدة الخلاف: أن الولد لا ينتفي نسبه في رأي الحنفية إلا باللعان، وينتفي بدون لعان في رأي الجمهور، لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين عادة.

موقف القانون من هذا السبب: نص القانون السوري م (١٢٩) على ما يلي:

١ - ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين:

أ ـ أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

ب ـ ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة ، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

٢ ـ إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣ ـ إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان .

وقضى القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ في المادة (١٥) بمنع القضاة من سماع دعوى نسب الولد في حالة الإنكار إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوج وزوجته من حين العقد إلى الولادة ، كما قضى بمنعهم من سماع مثل هذه الدعوى إذا أتت الزوجة بالولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها .

وقت ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح :

الفرقة إما أن تكون قبل الدخول أو بعد الدخول :

أ ـ إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول والخلوة ، ثم ولدت ولداً بعد الطلاق ، فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ، ثبت نسبه من الزوج ، للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة .

وإن أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق ، فلا يثبت نسبه من الزوج ، إذ لا نتيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة .

ب ـ وإذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة ، سواء أكان الطلاق رجعياً أو بائناً ، أو مات عنها :

فإن أتت المرأة بولد بعد الطلاق أو الوفاة ، ثبت نسبه من الزوج ، إذا ولدته

قبل مضي أقصى مـدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفـاة . وأقصى مـدة الحمل هي كما بينـا أربع سنين في رأي الشافعية والحنـابلـة ، وسنتـان في رأي الحنفيـة ، وخمس سنوات في المشهور لدى المالكية .

أمـا إن ولـدتـه بعـد مضي أقصى مـدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفـاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفى . وهذا رأي الجمهور .

وفصل الحنفية بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، فقالوا :

أ ـ إن كان الطلاق رجعياً ، ولم تقر المرأة بانقضـاء عـدتها ، ثبت نسب الولـد من الزوج ، سواء أتت بـه قبـل مضي سنتين من تـاريـخ الطـلاق أو بعـد مضي سنتين أو أكثر ؛ لأن الطـلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجهـا ، فيجـوز لـه الاستمتـاع بهـا ، ويكون ذلك رجعة .

فإن أقرت بانقضاء العدة ، وكانت المدة تحتمل انقضاءها ، بـأن كانت ستين يومـاً في رأي أبي حنيفة ، وتسعـة وثلاثين يومـاً في رأي الصـاحبين ، فلا يثبت نسب الولـد من الزوج إلا إذا كانت المـدة بين الإقرار والولادة أقل من ستـة أشهر لتبين كـذبهـا أو خطئها في إقرارهـا . فـإن كانت ستـة أشهر فـأكثر ، فلا يثبت نسبـه من الزوج إلا إذا ادعاه .

ب ـ وإن كان الطـلاق بـائنـاً أو كانت الفرقـة بسبب وفـاة الـزوج ، ولم تقر بـانقضـاء العـدة ، فلا يثبت نسب الولـد إلا إذا أتت بـه قبل مضي سنتين من تـاريخ الطلاق أو الوفاة ؛ لأن أقصى مدة الحمل عندهم سنتـان . فـإن أتت بـه في هـذه المـدة ، وكان هنـاك احتمال بـأنهـا حملت بـه من الزوج قبل الطلاق أو الوفـاة ، فيثبت نسبـه منه . وأما إن أتت به بعد مضي هذه المدة ، لم يكن هنـاك احتمال بـأنهـا حملت بـه قبل الطلاق أو الوفاة .

أما إن أقرت بانقضاء العدة، والمدة تحتمل انتهاء العدة فيها، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا جاءت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار، وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين.

موقف القانون: أخذ القانون السوري بهذا التفصيل من حيث المبدأ في المادتين (١٣٠، ١٣١) لبيان نسب الولد بعد الفرقة أو وفاة الزوج. فقرر أنه إذا ولدت المطلقة من طلاق رجعي أو بائن أو المتوفى عنها زوجها، فإما أن تكون أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر.

أ- فإذا كانت قد أقرت بانقضاء عدتها، ثم جاءت بولد، يثبت نسبه من الزوج إذا ولد لأقل من ستة أشهر، أي ١٨٠ يوماً من وقت الإقرار بانقضاء العدة، وأقل من سنة شمسية من وقت الطلاق أو الموت، لتبين كذبها في الإقرار بانقضاء العدة (م ١٣١).

ب- وإن لم تكن أقرت بانقضاء العدة، ثبت نسب ولدها من زوجها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة. ولا يثبت إذا ولدته لأكثر من سنة إلا إذا ادعاه زوج المطلَّقة، أو ادعاه ورثة المتوفى (م ١٣٠).

وهذا هو نفس المقرر في القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩.

ثانياً- الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح[1]؛ لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه. ويشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد ثلاثة شروط:

---

(١) الدر المختار: ٨٥٧/٢.

١ً ـ أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل : بأن يكون بالغاً عند المالكية والشافعية ، أو بالغاً أو مراهقاً عند الحنفية والحنابلة .

٢ً ـ تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية : فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد ، لم يثبت نسب الولد ، والخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح ، لإمكان الوطء في كل منهما .

واشترط الحنفية حصول الدخول فقط ، أما الخلوة فلا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد ؛ لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة .

٣ً ـ أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية ، ومن تاريخ الدخول عند الحنفية . فلو ولدت المرأة ولداً قبل مضي ستة أشهر من الدخول والخلوة عند الأولين لا يثبت نسبه من الرجل ؛ لأنه يدل على وجوده قبل ذلك وأنه من رجل آخر . وإذا ولدته المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة ، ثبت نسبه من الرجل .

ولا ينتفي نسبه عن الرجل إلا باللعان في رأي المالكية والشافعية والحنابلة[1] . ولا ينتفي نسبه ولو باللعان في رأي الحنفية ؛ لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد زواج صحيح ، والزواج هنا فاسد .

وقت ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد :

إذا حدثت الفرقة بعد زواج فاسد بالمتاركة أو تفريق القاضي بعد الدخول ، أو الخلوة في رأي المالكية ، ثم ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة ، ثبت نسبه من الرجل . وإن ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل ، لا يثبت نسبه منه . وأقصى مدة الحمل كما بينا هي أربع سنين في رأي الشافعية والحنابلة ، وخمس سنين في

---

(١) المغني : ٧/٤٠٠ :

رأي المالكية، وسنتان في رأي الحنفية، وسنة شمسية لدى القانونيين والأطباء.

موقف القانون: نص القانون السوري على ثبوت النسب في الزواج الفاسد في المادة (١٣٢) التالية، أخذاً بالمذهب الحنفي:

١ ـ المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لمئة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول، ثبت نسبه من الزوج.

٢ ـ إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق، لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق.

ثالثاً ـ الوطء بشبهة:

الوطء بشبهة: هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل: إنها زوجته، فيدخل بها. ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته. ومثل وطء المطلقة طلاقاً ثلاثاً أثناء العدة، على اعتقاد أنها تحل له.

فإن أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء، ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه. وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه، لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك، إلا أنه إذا ادعاه ثبت نسبه منه، إذ قد يكون وطئها قبل ذلك بشبهة أخرى[1].

وإذا ترك الرجل الموطوءة عن شبهة، ثبت النسب من الواطئ، كما يثبت بعد الفرقة من زواج فاسد.

أما إن حدث الوطء بغير شبهة وإنما بالزنا، فلا يثبت نسب الولد من الزاني،

---

(١) المغني: ٤٣١/٧ وما بعدها.

للحديث المتقدم، «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولأن الزنا محظور شرعاً، فلا يكون سبباً لنعمة النسب.

موقف القانون: نص القانون السوري على ثبوت النسب بالدخول بشبهة في المادة (١٣٣) التالية:

١ ـ الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، يثبت نسبه من الواطئ.

٢ ـ متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة، ترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة، وتستحق به نفقة القرابة والإرث.

آثار النسب: قد أوضحت الفقرة الثانية من هذه المادة آثار ثبوت النسب، فإذا ثبت النسب، ولو من نكاح فاسد أو وطء بشبهة، ترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع الزواج في الدرجات الممنوعة، وتستحق به نفقة القرابة، ويستحق به الإرث. وكان ينبغي إفراد هذه الفقرة بمادة مستقلة، لشمولها جميع أسباب ثبوت النسب من زواج صحيح أو فاسد أو بشبهة.

المبحث الثاني ـ طرق إثبات النسب:

يثبت النسب بأحد طرق ثلاثة وهي[1]:

أ ـ الزواج الصحيح أو الفاسد.

ب ـ الإقرار بالنسب.

جـ ـ البينة.

---

(١) البدائع: ٢١٥/٣ ـ ٢١٨، ٢٢٨/٧، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤١٢/٣ ـ ٤١٤، الخرشي: ٣١٦/٤، مغني المحتاج: ٢٥٩/٢، المغني: ١٨٤/٥.

الطريق الأول ـ الزواج الصحيح أو الفاسد :

الزواج الصحيح أو الفاسد سبب لإثبات النسب، وطريق لثبوته في الواقع، فمتى ثبت الزواج ولو كان فاسداً، أو كان زواجاً عرفياً، أي منعقداً بطريق عقد خاص دون تسجيل في سجلات الزواج الرسمية، ثبت نسب كل ما تأتي به المرأة من أولاد.

الطريق الثاني ـ الإقرار بالنسب أو ادعاء الولد :

الإقرار بالنسب نوعان: إقرار على نفس المقر، وإقرار محمول على غير المقر.

أما الإقرار بالنسب على نفس المقر: فهو أن يقر الأب بالولد أو الابن بالوالد، كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذه أمي. ويصح هذا الإقرار من الرجل ولو في مرض الموت، بشروط أربعة متفق على أغلبها بين المذاهب، وهي ما يأتي، وقد ذكرناها في بحث الإقرار، ونعيدها هنا:

١ً ـ أن يكون المقر به مجهول النسب: بأن لا يكون معروف النسب من أب آخر، فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلاً؛ لأن الشرع قاض بثبوت النسب من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص، لا يقبل الانتقال منه إلى غيره، فقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه.

ومجهول النسب عند بعض الحنفية: هو الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه. وهذا هو الظاهر الآن مع سهولة المواصلات والبحث عن بلد الميلاد.

واستثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان، فإنه لا يصح ادعاؤه بالنسب وإلحاقه بغير الأب الملاعن، لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس منه.

٢ً ـ أن يصدقه الحس : بأن يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر، بأن يكون ممن يولد مثل المقر به لمثل المقر، وذلك في سن تسمح بأن يكون ابناً للمقر. فلو كان المقر ببنوته أكبر من المقر أو مساوياً له في السن أو مقارباً، بحيث لا يمكن أن يكون ابناً للمقر عادة، لم يصح إقراره؛ لأن الحس أو الواقع يكذبه في هذا الإقرار، فمن قال لغلام: هذا ابني، وكان سن الغلام عشر سنوات، وسن المقر عشرين سنة، لم يعتبر هذا الإقرار عند الحنفية؛ لأن الغلام لا يولد له في رأيهم قبل بلوغ سن الثانية عشرة.

وكذلك إذا نازع المقر منازع آخر غيره، لم يثبت نسبه؛ لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارض الإقراران، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر.

٣ً ـ أن يصدقه المقر له في إقراره إن كان أهلاً للتصديق، بأن يكون بالغاً عاقلاً عند الجمهور، ومميزاً عند الحنفية؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة، أو تصديق من الغير. فإن كان المقر به صغيراً أو مجنوناً، فلا يشترط تصديقهما؛ لأنهما ليسا بأهل للإقرار أو التصديق.

وقال المالكية: ليس تصديق المقر به شرطاً لثبوت النسب من المقر؛ لأن النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه، إذا لم يقم دليل على كذب المقر.

٤ً ـ ألا يكون فيه حمل النسب على الغير: سواء كذبه المقر له أو صدقه؛ لأن إقرار الإنسان حجة قاصرة على نفسه، لا على غيره؛ لأنه على غيره شهادة أو دعوى، وشهادة الفرد فيما لا يطلع عليه الرجال غير مقبولة، والدعوى المفردة ليست بحجة.

وبناء عليه إذا كان المقر ببنوة الغلام زوجة أو معتدة، فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضاً، أو أن تثبت ولادتها له من ذلك الزوج؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة.

ويبطل الإقرار إن صرح المقر في إقراره بأن الولد ابنه من الزنا؛ لأن الزنا لا يصلح سبباً لإثبات النسب، إذ النسب نعمة فلا تنال بالمحظور.

فإذا استوفى الإقرار بالبنوة أو الأبوة هذه الشروط، صح وثبت به نسب المقر له من المقر، وترتب عليه الإرث الشرعي. وإذا صح الإقرار لا يملك المقر الرجوع فيه بعدئذ؛ لأن النسب إذا ثبت لا يبطل بالرجوع.

وقد اشترط الحنفية لصحة الإقرار بالنسب أيضاً حياة الولد، فلو أقر شخص بأن فلاناً ابنه، وكان المقر له بالبنوة ميتاً، لم يصح هذا الإقرار، ولا يثبت به النسب؛ إذ لا حاجة بعد الوفاة لإثبات النسب؛ لأنه لا يحتاج الميت إلى تكريم ولا تشريف. لكن استثنى الحنفية منه ما إذا كان للابن المتوفى أولاد، فإن الإقرار بنسبه بعد وفاته، يكون صحيحاً، رعاية لمصلحة هؤلاء الأولاد؛ لأنهم يحتاجون إلى ثبوت نسب أبيهم، وفي ثبوت نسبه شرف لهم وتكريم.

ولم يشترط المالكية حياة الولد المقر به؛ لأن النسب حق للولد على أبيه، فلا يتوقف إثباته على حياة الولد، كما لا يتوقف على تصديقه، إلا أن الأب لا يرث الابن الذي استلحقه إلا إذا كان له ولد، أو كان المال قليلاً، حتى لا يتهم الأب بأن إقراره لأجل أخذ المال الكثير.

والشروط السابقة تشترط أيضاً في الإقرار بنسب على الغير، ما عدا الشرط الأخير.

وقال الشافعية والحنابلة: يثبت النسب بالإقرار على الغير بالشروط السابقة، وبشرط كون المقر جميع الورثة، وبشرط كون الملحق به النسب ميتاً، فلا يلحق بالحي ولو كان مجنوناً، لاستحالة ثبوت نسب الشخص - مع وجوده حياً - بقول غيره.

وأما الإقرار بنسب محمول على الغير:

فهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب، كأن يقر شخص فيقول: هذا أخي، أو هذا عمي، أو هذا جدي، أو هذا ابن ابني.

ويصح بالشروط السابقة، ويزاد عليها شرط آخر، وهو تصديق الغير، فإذا قال شخص: هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه عند الحنفية أن يصدقه أبوه فيه، أو تقوم البينة على صحة الإقرار، أو يصدقه اثنان من الورثة إن كان الغير ميتاً؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لولايته على نفسه دون غيره.

فإن لم يصدقه الغير أو لم يصدقه اثنان من الورثة، أو لم تقم بينة على صحة الإقرار، يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزاً فقيراً، وكان المقر هو موسراً، ويشارك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركة أبيه. هذا رأي الحنفية.

وقال المالكية: يأخذ المقر له بالأخوة المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره.

فإذا أقر ولد بأخوة آخر، وأنكره الولد الآخر، أخذ المنكر نصف التركة، وشارك المقر له المقر في النصف الآخر عند الحنفية. وأما عند المالكية فيأخذ المنكر نصيبه كاملاً، ويأخذ المقر له ما نقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة.

فلو كانت التركة ١٢ ديناراً مثلاً أخذ المقر له على رأي الحنفية ٣ دنانير كنصيب المقر، وعلى رأي المالكية أخذ دينارين ويكون للمنكر ٦، وللمقر ٤ لأن التركة توزع على ثلاثة، ففي حال عدم وجود المقر له يكون للمقر ٦، وفي حال وجوده يكون له ٤، فما نقص من نصيبه وهو ٢ يأخذه المقر له.

وإذا صح الإقرار بالنسب لإنسان، شارك الورثة في الميراث. وإن لم يصدقه الغير، ومات المقر، ورث منه المقر له، كباقي ورثته.

موقف القانون : نص القانون السوري على الإقرار بالنسب .

فالمادة (١٣٤ / ١) نصت على شرط كون المقر بـه مجهول النسب وشرط تصـديق الحس وهي :

الإقرار بـالبنوة ولو في مرض المـوت لمجهـول النسب ، يثبت بـه النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة .

والفقرة الثانية من هذه المادة نصت على حالة إقرار الزوجة :

٢ ـ إذا كان المقر امرأة متزوجـة أو معتـدة ، لا يثبت نسب الولـد من زوجهـا إلا بمصادقته أو بالبينة .

ونصت المادة (١٣٥) على شرط تصديق الغير وشرط تصديق الحس أيضاً : إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومـة يثبت بـه النسب إذا صـادقـه المقر لـه ، وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

ونصت المادة (١٣٦) على حالة الإقرار بنسب محمول على الغير: الإقرار بـالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه .

نوع البـينـة في إثبات النـسب على الغير :

إثبات النسب على الغير كهـذا أخي أو عمي قـد يكون بـالبينـة ، وهي عنـد أبي حنيفة ومحمد : إقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، كالشهادة .

ويرى مالك : أنه لا يثبت النسب على الغير إلا بإقرار اثنين ؛ لأنه يحمل النسب على غيره ، فاعتبر فيه العدد كالشهادة .

وقال الشافعي وأحمد وأبو يوسف : إن أقر جميع الورثـة بنسب من يشـاركهم في الإرث ، ثبت نسبـه ، حتى ولـو كان الـوارث واحـداً ذكراً أو أنثى ؛ لأن النسب حـق

يثبت بالإقرار، فلم يطلب فيه العدد كالدين ، ولأن الإقرار قول لا تشترط فيه عدالة ، فلم يصح قياسه على الشهادة .

الفرق بين الإقرار بالنسب وبين التبني :

ليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف ؛ لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو طريق لإثباته وظهوره . أما التبني فهو تصرف منشئ لنسب . ولأن البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق ولو كان للمتبنى أب معروف ، أما البنوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف .

الطريق الثالث ـ البينة :

البينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعى عليه ، بل يثبت في حقه وحق غيره ، أما الإقرار فهو كما عرفنا حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره . وثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار ؛ لأن البينة أقوى الأدلة ؛ لأن النسب وإن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد ، فاحتمل البطلان بالبينة .

ونوع البينة التي يثبت بها النسب كما بينا : هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة ومحمد . وشهادة رجلين فقط عند المالكية ، وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف .

والشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه ، فإذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه ، جاز له أن يشهد ، وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه ، لا يحل له أن يشهد ، لقوله ﷺ لشاهد : « ترى الشمس ؟ قال : نعم ، فقال : على مثلها فاشهد أو دع »[1] .

---

(١) رواه البيهقي والحاكم وصحح إسناده ، وتعقبه الذهبي فقال : بل هو حديث واه (سبل السلام : ١٣٠/٤) .

الشهادة بالتسامع لإثبات النسب :

التسامع : استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس ، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع ، كما هو الشأن في الزواج أو الزفاف والدخول بالزوجة ، والرضاع والولادة والوفاة[1] .

ودليلهم أن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الناس ، فإذا لم تجز فيها الشهادة بالسماع ، أدى إلى الحرج ، وتعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث وحرمة الزواج .

لكن اختلف الفقهاء في بيان المراد من التسامع ، فقال أبو حنيفة : هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين .

وقال الصاحبان : هو أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو عدل وامرأتان واختار قولهما بعض الفقهاء ، بدليل أن القاضي يحكم بشهادة شاهدين ، ولو لم ير المشهود به ، أو يسمعه بنفسه . ويكفي الشاهد أن يقول : أشهد بكذا ، ولا يقول : سمعت .

وتوسط المالكية فقالوا : أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور ، بأن ينتشر المسموع به بين الناس العدول وغيرهم . واشترطوا أن يقول الشهود : سمعنا كذا ، ونحوه .

وقال الشافعية في الأرجح ، والحنابلة في الأصح مثل قول أبي حنيفة : شرط التسامع سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم (أي توافقهم) على الكذب ، بحيث يحصل به العلم (أي اليقين) أو الظن القوي بخبرهم . ولا يكفي الشاهد بالاستفاضة أن يقول : سمعت الناس يقولون كذا ، وإن كانت شهادته مبنية عليها ، بل يقول : أشهد أنه له ، أو أنه ابنه مثلاً ؛ لأنه قد يعلم خلاف ما سمع من الناس .

---

(١) المبسوط : ١١١/١٦ ، البدائع : ٢٦٦/٦ ، الدسوقي : ١٩٨/٤ ومابعدها ، مغني المحتاج : ٤٤٨/٤ ومابعدها ، المغني : ١٦١/٩ ومابعدها .

الفصل الثاني

الرضاع

آثرت هنا بحث كل ما يتعلق بالرضاع من أحكام؛ لأن الباحث يرتاح له، فأوضحت حق الولد في الرضاع وما يستتبعه من أحكام، وهذا ما يتعلق بهذا الباب المخصص لحقوق الأولاد، ثم بحثت تأثير الرضاع في تحريم الزواج بسبب القرابة الناشئة عنه، وما يستلزمه من طرق إثبات الرضاع. فكان هذا الفصل مشتملاً على مباحث ثلاثة:

الأول ـ حق الولد الصغير في الرضاع.

الثاني ـ شروط الرضاع المحرِّم للزواج.

الثالث ـ ما يثبت به الرضاع.

علماً بأن أركان الرضاع في اصطلاح الجمهور غير الحنفية ثلاثة وهي: مرضع، ولبن، ورضيع.

المبحث الأول ـ حق الولد الصغير في الرضاع:

فيه مطالب أربعة عن وجوب الإرضاع على الأم، واستحقاق أجرة الرضاع، وتقديم الأم على المتبرعة بالرضاع، والمكلف بأجرة الرضاع ومقدار الأجرة.

المطلب الأول ـ هل يجب الإرضاع على الأم ؟

اتفق فقهاء الإسلام على أن الرضاع واجب على الأم ديانة تسأل عنه أمام الله تعالى حفاظاً على حياة الولد، سواء أكانت متزوجة بأبي الرضيع، أم مطلقة منه وانتهت عدتها . واختلفوا في وجوبه عليها قضاء، أيستطيع القاضي إجبارها عليه أم لا ؟

فقال المالكية بالوجوب قضاء، فتجبر عليه، وقال الجمهور بأنه مندوب لا تجبر عليه، ولها أن تمتنع إلا عند الضرورة[1]، ورضاع الولد على الأب وحده، وليس له إجبار أمه على رضاعه، دنيئة كانت أو شريفة، وسواء أكانت في حال الزوجية أم مطلقة .

ومنشأ الخلاف : كيفية فهم المراد من قوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين، لمن أراد أن يتم الرضاعة ... ﴾ إلى قوله : ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ﴾ (سورة البقرة : ٢٣٣) .

ذهب المالكية : إلى أنه يجب على الأم إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي إرضاع ولدها، فلو امتنعت من إرضاعه بدون عذر، أجبرها القاضي، إلا المرأة الشريفة لثراء أو حسب فلا يجب عليها الإرضاع إن قبل الولد الرضاع من غيرها، فهم فهموا من الآية أنها أمر لكل والدة زوجة أو غيرها بالرضاع، وهو حق عليها، واستثنوا الشريفة بالعرف القائم على المصلحة . ولا يجب الإرضاع أيضاً على المطلقة طلاقاً بائناً، لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم، فآتوهن أجورهن ﴾ فإن هذه الآية واردة في المطلقات طلاقاً بائناً .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي : ٢٠٤/١ ـ ٢٠٦ ، ١٨٢٨/٤ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٠٣/١ ومابعدها ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٩٢٩/٢ ومابعدها ، تفسير القرآن لابن كثير : ٢٨٣/١ ، فتح القدير : ٣٤٥/٣ ، المغني : ٦٢٧/٧ ، البدائع : ٤٠/٤ ، القوانين الفقهية : ص٢٢٢ ، بداية المجتهد : ٥٦/٢ ، الشرح الصغير : ٧٥٤/٢ ، مغني المحتاج : ٤٤٩/٣ .

وقالوا: إن معنى قوله تعالى: ﴿ لا تضارّ والدة بولدها، ولا مولود له بولده ﴾ أن الأم لا تأبى أن ترضعه إضراراً بأبيه، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من إرضاعه. وذلك كله عند الطلاق؛ لأن ذكر النهي عن الضرر جاء عند ذكر الطلاق، ولأن النفقه واجبة للمطلقة الرجعية لأجل بقاء النكاح في العدة، ولا تستوجب الأم زيادة على النفقة لأجل رضاعه. أما البائن فيجب لها أجر الرضاع بنص الآية السابقة.

وورد في صحيح البخاري عن النبي ﷺ: «تقول لك المرأة: أنفق عليّ وإلا طلقني، ويقول لك العبد: أطعمني واستعملني، ويقول لك ابنك: أنفق علي، إلى من تكلني؟!».

وذهب الجمهور إلى أن الآية أمر ندب وإرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن، إلا إذا لم يقبل الولد ثدي غير الأم، بدليل قوله تعالى: ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ وإنما ندب للأم إرضاع ولدها، لأن لبن الأم أصلح للطفل، وشفقة الأم عليه أكثر، ولأن الرضاع حق للأم، كما هو حق للولد، ولا يجبر أحد على استيفاء حقه، إلا إذا وجد ما يستدعي الإجبار.

ويفهم منه أن الفقهاء اتفقوا على وجوب الإرضاع على الأم قضاء في ثلاث حالات وهي:

١ً- ألا يقبل الطفل الرضاع إلا من ثدي أمه، فيجب عندئذ إرضاعه إنقاذاً له من الهلاك، لتعين الأم، كما تجبر المرضعة على استدامة الإجارة بعد مضي مدتها، إذا لم يقبل ثدي غيرها.

٢ً- ألا توجد مرضعة أخرى سواها، فيلزمها الإرضاع حفاظاً على حياته.

٣ً- إذا عدم الأب لاختصاصها به، أو لم يوجد لأبيه ولا للولد مال لاستئجار مرضعة، فيجب عليها إرضاعه، لئلا يموت.

وأوجب الشافعية على الأم إرضاع اللِّبَأ : وهو اللبن النازل أول الولادة ؛ لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً ، وغيرها لا يغني .

استئجار المرضع : إذا امتنعت الأم عن الإرضاع في غير هذه الحالات ، وجب على الأب أن يستأجر مرضعة وتسمى « ظئراً » لإرضاعه ، محافظة على حياة الولد ، وعلى الظئر المستأجرة أن ترضعه عند أمه ؛ لأن الحضانة حق لها ، وامتناعها عن الإرضاع لا يسقط حقها في الحضانة ، لأن كلاً منهما حق مستقل عن الآخر .

فإن لم يستأجر الأب مرضعة ، كان للأم أن تطالبه قضاء بدفع أجرة الرضاع ، لتستأجر هي من ترضعه .

ولا يستأجر الأب ولو من مال الصغير أم الرضيع في حال الزوجية أو العدة من طلاق رجعي ، ويجوز استئجارها إذا كانت بائناً في الأصح لدى الحنفية ؛ لأن الأب في حال الزوجية والعدة قائم بنفقة الزوجة ، ولا يجتمع عليه واجبان ، وفي أخذها الأجرة من مال الصغير أخذ للأجرة على الواجب عليها ديانة ، وهو الرضاع ، أما بعد البينونة فلا تجبر الأم على إرضاع الولد قضاء ، فساغ لها أخذ الأجرة على الرضاع في رواية صحيحة عند الحنفية وهي المعتمدة كما ذكر ابن عابدين ، وفي رواية أخرى رجحها صاحب الهداية : لا أجرة لها ؛ لأن لها النفقة في العدة .

المطلب الثاني ـ حالة استحقاق الأم أجرة الرضاع ، ومدة الاستحقاق وبدء الاستحقاق :

أولاً ـ حالة استحقاق الأم أجرة الرضاع :

إذا أرضعت الأم ولدها بنفسها أو بإجبارها على الرضاع قضاء ، فهل تستحق أجرة على الرضاع ؟ في الأمر تفصيل وهو ما يأتي[1] :

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٩٢٩/٢ ومابعدها، أحكام القرآن لابن العربي: ١٨٢٨/٤ ومابعدها، أحكام القرآن للجصاص : ٤٦٣/٣ ، فتح القدير : ٣٤٥/٣ ، بداية المجتهد : ٥٦/٢ .

١ ـ لا تستحق الأم أجرة الرضاع عند الحنفية والشافعية والحنابلة في حال الزوجية أو أثناء العدة من الطلاق الرجعي ؛ لأن الزوج مكلف بالإنفاق عليها ، فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع ، حتى لا يجتمع عليه واجبان : النفقة والأجرة في آن واحد ، وهو غير جائز لكفاية النفقة الواجبة على الزوج .

ووافق المالكية على هذا الرأي إذا كان الرضاع واجباً على الأم ، وهو الحالة الغالبة ، أما إن كان الرضاع غير واجب على الأم كالشريفة القدر ، فإنها تستحق الأجرة على الرضاع .

٢ ـ تستحق الأم الأجرة على الرضاع بالاتفاق بعد انتهاء الزوجية والعدة ، أو في عدة الوفاة ، لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ فهي واردة في المطلقات ، ولأنه لا نفقة للأم بعد الزوجية وفي عدة الوفاة .

٣ ـ تستحق الأم الأجرة على الرضاع في عدة الطلاق البائن في الأصح عند بعض الحنفية ، لأنها كالأجنبية ، وكذا عند المالكية ، لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم ، فآتوهن أجورهن ﴾ فقد أوجب تعالى للمطلقات بائناً الأجرة على الرضاع ، حتى لو كانت حاملاً ولها النفقة ؛ لأن كلاً من النفقة وأجرة الرضاع وجب بدليل خاص به ، فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر . وهذا هو المقرر في القانون السوري كما سنبين .

وذكر بعض الحنفية أن المفتى به عدم الفرق بين عدة الرجعي والبائن ، فلا تستحق الأم أجرة الرضاع في الحالتين لوجوب النفقة لها مطلقاً ، وهذا هو المعمول به في محاكم مصر .

والحاصل : أن المدار في استحقاق الأم أجرة الرضاع وعدم استحقاقها على وجوب الرضاع وعدم وجوبه عليها في رأي المالكية ، وعلى وجوب النفقة للأم وعدم وجوبها لها في رأي الحنفية .

ثانياً ـ مدة الاستحقاق :

اتفق الفقهاء على أن مدة استحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط، فمتى أتم الطفل حولين كاملين، لم يكن للمرضع الأم الحق في المطالبة بأجرة الرضاع[1]، لقوله تعالى: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ دلت الآية على أن الأب يلزم بنفقة الرضاع في مدة سنتين فقط.

ثالثاً ـ بدء الاستحقاق :

تستحق المرضع غير الأم المسماة ظئراً وكذا الأم بعد انتهاء الزوجية الأجرة على الرضاع من تاريخ العقد؛ لأنها مستأجرة للرضاع، فلا تستحق الأجرة إلا من يوم العقد.

وأما الأم المرضع في حال قيام الزوجية أو أثناء العدة من طلاق رجعي، فتستحق الأجرة بالإرضاع في المدة مطلقاً بلا عقد إجارة، في رأي المالكية، وأما في رأي الحنفية على الراجح فمن تاريخ قيامها بالإرضاع. وقيل عند الحنفية: من وقت طلبها الأجر. ولا تسقط الأجرة بموت الأب، بل تكون دائنة له أسوة بغرمائه، فليست الأجرة نفقة وإنما هي دين يستحق في التركة، إذ لو كانت نفقة لسقطت بموته، كما تسقط بالموت نفقة الزوجة والقريب ولو بعد القضاء، مالم تكن مستدانة بأمر القاضي[2]. وإذا لم يكن للرضيع أب وجبت الأجرة على من يلي الأب في الإنفاق عليه.

المطلب الثالث ـ التفضيل بين الأم والمتبرعة بالرضاع :

اتفق الفقهاء على أن الأم تقدم في الإرضاع إذا أرضعت ولدها بدون أجر، أو لم تطلب زيادة على ما تأخذه الأجنبية ولو دون أجر المثل، أو لم توجد مرضعة إلا

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٩٣١/٢ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٠٤/١ .

(٢) ابن عابدين ، المكان السابق .

بأجر، رعاية لمصلحة الصغير بسبب كون الأم أكثر حناناً وشفقة عليه من غيرها، ولأن في منع الأم من إرضاع ولدها إضراراً بها، وهو لا يجوز، لقوله تعالى: ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ وقوله سبحانه: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ دل النص على أن الأم أحق برضاع ولدها في الحولين[1].

فإن وجدت متبرعة بالإرضاع، وطلبت الأم الأجر، أو وجدت مرضعة بأجر أقل مما تأخذه الأم، كانت الأم عند المالكية والحنابلة هي الأحق من غيرها بأجر المثل، لإطلاق الآية السابقة: ﴿ لا تضارّ والدة بولدها ﴾ وآية: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ ولأنها أحنى وأشفق على الولد من الأجنبية، ولبنها أمرأ من لبن غيرها.

وتقدم الأجنبية في رأي الحنفية والشافعية في الأظهر[2] حينئذ، سواء أكان الأب موسراً أم معسراً؛ رفقاً بالأب ودفعاً للضرر عنه، لقوله تعالى: ﴿ لا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده ﴾ أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية، وقوله تعالى: ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم ﴾.

ويقال للأم حينئذ: إما أن ترضعيه متبرعة، أو بمثل الأجرة التي تطالب بها غيرك، وإما أن تسلميه لها.

وإذا سلمته الأم لأجنبية بقي لها حق الحضانة، فإما أن ترضعه المرضعة عند الأم، وإما أن ترضعه في بيتها، ثم ترده إلى الأم.

المطلب الرابع ـ المكلف بأجرة الرضاع ومقدار الأجرة:

الأب: هو المكلف بأجرة الرضاع؛ لأنه هو الملزم بالنفقة عليه، وتكون أجرة الرضاع على من تجب عليه النفقة، لقوله تعالى: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن

---

(١) الجصاص، المكان السابق.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٩٣٠/٢، فتح القدير: ٣٤٥/٣ ومابعدها، مغني المحتاج: ٤٥٠/٣، المغني: ٦٢٧/٧ ومابعدها.

حـولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضـاعـة ، وعلى المـولـود لـه رزقهن وكسـوتهن بالمعروف ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ .

وعلى الأب خمس نفقات للولد الصغير: أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانـة ، ونفقـة المعيشة من صابون ودهن وفرش وغطاء ، وأجرة مسكن الحضانـة الـذي تحضنـه فيـه الأم ، وأجرة خادم له إن احتاج إليه .

وتلـزم الأب نفقـة الصغير وإن خـالفـه في دينـه ، كما تجب نفقـة الـزوجـة على الزوج ، وإن خالفته في دينه ، للآيات السابقة ، وكما سنبين .

لكن إلزام الأب بالنفقة بأنواعها إذا لم يكن للصغير مـال ، فـإن كان لـه مـال ، فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسـه ، صغيراً كان أو كبيراً[1] . فـإن كان الأب فقيراً ولم يكن للصغير مال أجبرت الأم في رأي الحنفية على إرضاعـه ، وتكون الأجرة دينـاً على الأب يطالب بها عند يساره . وتجبر الأم على الرضاع في رأي المالكيـة وليس لهـا الرجوع بالأجرة على الأب إذا أيسر .

واجب المرضع : وأمـا المرضع فلا تكلف بشيء سوى الإرضـاع ، ومـا يـوجبـه عليها العرف كإصلاح طعام الولد وحفظه وغسله وغسل ثيابـه ؛ لأن خـدمـة الصغير واجب عليها ؛ لأن العرف معتبر فيما لا نص فيه . فإن أرضعته بلبن شـاة فلا أجر لهـا ؛ لأنهـا لم تـأت بـالعمل الواجب عليهـا ، وهـو الإرضـاع ، وهـذا العقـد إيجـار ، وليس بإرضاع ، وهو غير ما وقع عليه عقد الإجارة[2] .

مقـدار الأجرة : الأجرة التي تستحقهـا الأم هي أجرة المثل : وهي التي تقبـل امرأة أخرى أن ترضع الولد في مقابلها . وتقـديرهـا متروك للقـاضي ، فلو طلبت الأم أكثر من أجر المثل لا تجاب إلى طلبها .

---

(١) فتح القدير : ٣٤٦/٣ ، حاشية ابن عابدين : ٩٣١/٢ .

(٢) تبيين الحقائق : ١٢٩/٥ ، البدائع : ٤١/٤ .

موقف القانون السوري من أجرة الرضاع :

نصت المادة (١٥٢ / ١) على المكلف بأجرة الرضاع ، ولكن في سن الرضاع ، لا بعد الفطام :

١ ـ أجرة رضاع الولد ، سواء أكان الرضاع طبيعياً أم اصطناعياً على المكلف بنفقته ، ويعتبر ذلك في مقابل غذائه .

ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على حالة عدم استحقاق الأم أجرة الرضاع :

٢ ـ لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية ، أو في عدة الطلاق الرجعي .

والمعنى بالمفهوم أنها تستحق أجرة الرضاع بعد انتهاء الزوجية وانقضاء العدة مطلقاً ، وفي عدة الطلاق البائن ، وفي عدة الوفاة .

ونصت المادة (١٥٣) على الأخذ برأي الحنفية ، ولكن في حالة إعسار الأب فقط بتقديم المتبرعة بالرضاع على الأم ، وهو المعقول ، ونص المادة هو : «المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة ، وكان الأب معسراً ، على أن يكون الإرضاع في بيت الأم» .

ولكن في الحضانة تقدم الأم إذا كان الأب موسراً ، ولو طلبت أجراً أكثر ، وسبب التفريق بين الحضانة والرضاع : أن الرضاع أمر مادي يقصد به التغذية ونمو الجسد ، أما الحضانة فتتطلب حناناً وشفقة ، والأم أحن وأشفق من غيرها .

المبحث الثاني ـ شروط الرضاع المحرِّم للزواج عند الفقهاء :

اشترط الفقهاء للتحريم بالرضاع الشروط الستة الآتية[(١)] :

١ً ـ أن يكون لبن امرأة آدمية ، سواء أكانت عند الجمهور بكراً أم متزوجة أم بغير

(١) البدائع : ٤/٥ـ١٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٠٦ ومابعدها ، مغني المحتاج : ٣/٤١٤ـ٤١٩ ، كشاف القناع : ٥/٥١٥ ومابعدها . الشرح الصغير : ٢/٧١٩ـ٧٢١ ، المغني : ٧/٥٣٧ـ٥٤٧ . بداية المجتهد : ٢/٣٤ـ٣٩ .

زوج : فلا تحريم بتناول غير اللبن كامتصاص مـاء أصفر أو دم أو قيح ، ولا بلبن الرجل أو الخنثى المشكل أو البهيمـة ، فلو رضع صغيران من شـاة مثـلاً ، لم يثبت بينهما أخـوة ، فيحـل زواجهما ؛ لأن الأخـوة فرع الأمـومـة ، فـإذا لم يثبت الأصـل لم يثبت الفرع . واشترط الحنابلـة أن يكون بلبن امرأة ثـار لهـا لبن من الحمل ، فلو طلق رجل زوجتـه وهي ترضع من لبن ولـده ، فتزوجت بصبي رضيـع ، فـأرضعتـه ، حرمت عليـه ؛ لأن الرضيع يصير ابناً للرجل الذي ثاب اللبن بوطئه .

واشترط الشافعية في المرأة أن تكون حيَّة حياة مستقرة حـال انفصـال اللبن منهـا ، بلغت تسع سنين قمرية تقريباً ، وإن لم يحكم ببلوغها بذلك ، فلا تحريم برضاع المرأة الميتـة والصغيرة ، أي أن لبن الميتـة والصغيرة لا يحرم . لكن لو حلبت المرأة لبنهـا قبـل مـوتهـا ، وشربه الطفل بعد موتها ، حرم في الأصح ، لانفصاله منها ، وهو حلال محترم .

ولم يشترط الجمهور هـذا الشرط ، فلبن الميتـة ، والصغيرة التي لم تطق الـوطء ، إن قدر أن بها لبناً ، يحرِّم ؛ لأنه ينبت اللحم ، ولأن اللبن لا يموت .

٢ ـ أن يتحقـق من وصـول اللبن إلى معـدة الرضيـع ، سـواء بـالامتصـاص من الثدي ، أم بشربه من الإناء أو الزجاجة . وهذا شرط عند الحنفية ، فـإن لم يتحقق من الوصول إلى المعدة بأن التقم الثـدي ، ولم يعلم أرضع أم لا ، فلا يثبت التحريم ، للشـك في وجود سبب التحريم وهو الرضاع ، والأحكام لا تثبت بالشك .

واكتفى المـالكيـة بـاشتراط وصول اللبن تحقيقـاً أو ظنـاً أو شكاً الجوف من الفم برضاع الصغير، فيثبت التحريم ولو مع الشك ، عملاً بـالاحتيـاط ، ولا يثبت التحريم على المشهور بمجرد الوصول إلى الحلق فقط . واشترط الشافعية والحنـابلـة وجود خمس رضعات متفرقات ، والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف ، ولابـد من وصول اللبن إلى الجوف .

٣ ـ أن يحصل الإرضـاع بطريق الفم أو الأنف : فقـد اتفق أئمـة المـذاهب على أن

التحريم يحصل بالوجور (وهو صب اللبن في الحلق) لحصول التغذية به كالارتضاع، وبالسَّعُوط (وهو صب اللبن في الأنف ليصل الدماغ) لحصول التغذي به؛ لأن الدماغ جوف له كالمعدة، بل لا يشترط التغذي بما وصل من منفذ عال، بل مجرد وصوله للجوف كاف في التحريم.

ولا يحصل التحريم عند الحنفية، والشافعية في الأظهر، والحنابلة في منصوص أحمد بالحقنة، أو بتقطير اللبن في العين أو الأذن أو الجرح في الجسم؛ لأن هذا ليس برضاع ولا في معناه، فلم يجز إثبات حكمه فيه، ولانتفاء التغذي.

وقال المالكية: يحصل التحريم بحقنة تغذي أي تكون غذاء، لا مجرد وصول اللبن للجوف عن طريق الحقنة. وحينئذ يختلف ما وصل من منفذ عال، فلا يشترط فيه الغذاء، وما وصل من منفذ سفلي ونحوه فيشترط فيه التغذي.

٤ ـ ألا يخلط اللبن بغيره: وهذا شرط عند الحنفية والمالكية. فإن خلط بمائع آخر، فالعبرة عند الحنفية والمالكية للغالب، فإن غلب اللبن حرَّم، وإن غلب غير اللبن عليه، حتى لم يبق له عند المالكية طعم ولا أثر مع الطعام ونحوه، فلا يحرم؛ لأن الحكم للأغلب، ولأنه بالخلط يزول الاسم والمعنى المراد به، وهو التغذي، فلا يثبت به الحرمة. ولا فرق عند المالكية بين الخلط بالمائع أو بالطعام.

واعتبر الشافعية في الأظهر والحنابلة في الراجح اللبن المشوب (المختلط بغيره) كاللبن الخالص الذي لا يخالطه سواه، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره، لوصول اللبن إلى الجوف، وحصوله في بطنه.

ورأى أبو حنيفة خلافاً للصاحبين أن اللبن المخلوط بالطعام لا يحرم عنده بحال سواء أكان غالباً أم مغلوباً؛ لأن الطعام وإن كان أقل من اللبن، فإنه يسلب قوة اللبن ويضعفه، فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي، فكان اللبن مغلوباً معنى، وإن كان غالباً صورة.

وإذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى : فالحكم للغالب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإن تساويا ثبت التحريم من المرأتين جميعاً للاختلاط .

وقال المالكية ومحمد وزفر : يثبت التحريم من المرأتين جميعاً ، سواء تساوى مقدار اللبنين أو غلب أحدهما الآخر ، وهذا هو الراجح ؛ لأن اللبنين من جنس واحد ، والجنس لا يغلب الجنس .

٥ ـ أن يكون الرضاع في حال الصغر باتفاق المذاهب الأربعة : فلا يحرم رضاع الكبير : وهو من تجاوز السنتين .

وقال داود الظاهري : إن رضاع الكبير يحرم ، وكانت عائشة ترى أن رضاعة الكبير تحرم ، لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت : « يا رسول الله ، إنا كنا نرى سالماً ولداً ، فكان يأوي معي ، ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويراني فُضْلى[1] ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت ، فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي ﷺ : أرضعيه حتى يدخل عليك »[2] ، فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها ، وبناء عليه كانت عائشة تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ، ويدخل عليها ، وإن كان كبيراً خمس رضعات[3] .

واستدل الجمهور على اشتراط كون الرضاع في حال الصغر بما يأتي :

أولاً ـ بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ فإنه تعالى جعل تمام الرضاعة في الحولين ، فأفهم أن الحكم بعد الحولين بخلافه . وقال تعالى : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ أي فطامه ، فدل على أن أكثر مدة الرضاع المعتبرة شرعاً سنتان .

---

(١) فضْلى وفضلاً : أي متبذلة في ثياب مهنتي .

(٢) رواه أحمد ومسلم عن زينب بنت أم سلمة (نيل الأوطار : ٣١٣/٦) .

(٣) قيل : إن هذا رخصة لسهلة ، وماروي عن عائشة لا يتفق مع نزاهتها ومكانتها الدينية التي تأبى عليها أساليب الاحتيال ، أو أنها تحلب الحليب من ثديها ثم تعطيه له .

ثانياً ـ بخبر: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»[1] وخبر: «لا يحرِّم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي، وكان قبل الفطام»[2] وخبر «لا رضاع بعد فصال، ولا يُتْم بعد احتلام»[3]. وقال الشافعي رضي الله عنه عن حديث سهلة: إنه رخصة خاصة بسالم، وكذلك قال الحنابلة وغيرهم، جمعاً بين الأدلة.

ثبت عن عائشة أنها قالت: «دخل علي رسول الله ﷺ وعندي رجل، فقال: من هذا؟ قلت: أخي من الرضاعة، قال: يا عائشة: انظُرن من إخوانكُنّ، فإنما الرضاعة من المجاعة»[4] وعن ابن مسعود: «لا رضاع إلا ما أنشز العظم، وأنبت اللحم»[5].

والتزم الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد بظاهر هذه الأدلة، فشرطوا أن يكون الرضاع في مدة الحولين الأولين من العمر، بالأشهر القمرية، ولو بعد الفطام؛ لأن حديث «فإنما الرضاعة من المجاعة» يراد به الرضاع الذي يكون في سن المجاعة، كيفما كان الطفل، وهو سن الرضاع، فلو ارتضع الطفل بعدهما بلحظة، ولو بعد فطامه، لم يثبت التحريم؛ لأن شرطه وهو كونه في الحولين لم يوجد، وإن حصل الرضاع في أثناء الحولين، ولو بعد الفطام، ثبت به التحريم؛ لأن الرضاع في وقته عرف محرِّماً في الشرع. ويكون انتهاء الحولين من تمام انفصال الرضيع، فإن ارتضع قبل تمامه لم يؤثر. وهذا الرأي هو الراجح لقوة الأدلة التي استندوا إليها.

وأضاف الإمام مالك مدة شهرين على الحولين؛ لأن الطفل قد يحتاج إلى هذه المدة لتحويل غذائه إلى الطعام. لكن إن فطم الولد عن اللبن، واستغنى بالطعام

---

(١) رواه الدارقطني عن ابن عباس (نيل الأوطار: ٣١٥/٦).

(٢) رواه الترمذي وصححه عن أم سلمة (المرجع السابق).

(٣) رواه أبو داود الطيالسي في مسنده عن جابر (المرجع السابق).

(٤) رواه الجماعة إلا الترمذي عن عائشة (المرجع السابق: ص٣١٦).

(٥) نيل الأوطار: ٣١٦/٦، سبل السلام: ٢١٤/٣.

استغناء بيِّناً ولو في الحولين، أو لم يوجد له مرضع في الحولين، فاستغنى بالطعام أكثر من يومين وما أشبههما، فأرضعته امرأة، فلا يحرم، لأن مفهوم الحديث: «فإنما الرضاعة من المجاعة» يدل على أن الطفل غير مفطوم، فإن فطم في بعض الحولين، لم يكن رضاعاً من المجاعة.

وأضاف الإمام أبو حنيفة أيضاً مدة نصف سنة على الحولين، فتكون مدة الرضاع عنده ثلاثين شهراً، لاحتياج الطفل إلى هذه المدة للتدرج من اللبن إلى الطعام المعتاد، لكن إن استغنى بالفطام عن اللبن استغناء تاماً، لم يكن ذلك رضاعاً؛ لأنه لا رضاع بعد الفطام، وإن فطم الطفل فأكل أكلاً ضعيفاً لا يستغني به عن الرضاع، ثم عاد فأرضع، كما يرضع أولاً في الثلاثين شهراً، فهو رضاع محرم، كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم، ويحمل الحديث السابق: «لا رضاع بعد فصال» على الفصال المعتاد المتعارف. واستدل للإمامين مالك وأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين، لمن أراد أن يتم الرضاعة .. فإن أرادا فصالاً عن تراض منهما وتشاور، فلا جناح عليهما ﴾ فالآية في نهايتها تدل على أن للوالدين الخيار في فطم الطفل عند تمام الحولين. والتحديد بالحولين في مقدم الآية إنما هو لبيان المدة التي يجوز فيها للأم المطلقة أن تأخذ فيها أجراً على الرضاع.

وأجيب عنه بأن الفطام الذي يحتاج إلى المشاورة والتراضي بين الوالدين هو الذي يكون قبل تمام الحولين، فإن استمر الرضاع بعد الحولين لضعف الطفل، فلا مانع منه للحاجة، ولكن لا يترتب عليه أحكامه من التحريم وأخذ الأم المطلقة أجراً عليه.

٦ـ أن يكون الرضاع خمس رضعات متفرقات فصاعداً: وهذا شرط عند **الشافعية والحنابلة**، والمعتبر في الرضعة العرف، فلو انقطع الطفل عن الرضاع إعراضاً عن الثدي تعدد الرضاع، عملاً بالعرف، ولو انقطع للتنفس أو الاستراحة أو

الملل أو الانتقال من ثدي إلى آخر أو من امرأة إلى أخرى أو اللهو أو النومة الخفيفة أو ازدراد ما جمعه من اللبن في فمه، وعاد في الحال، فلا تعدد، بل الكل رضعة واحدة. وإن رضع أقل من خمس رضعات فلا تحريم، وإن شك في عدد الرضعات بني على اليقين؛ لأن الأصل عدم وجود الرضاع المحرم، لكن في حالة الشك الترك أولى، لأنه من الشبهات. واستدلوا بأدلة ثلاثة:

أولها ـ ما روى مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن، فنسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن»[1] أي يتلى حكمهن أو يقرؤهن من لم يبلغه النسخ لقربه. لكن قيل عنه: إنه مضطرب.

ثانيها ـ إن علة التحريم بالرضاع هي شبهة الجزئية التي تحدث باللبن الذي ينبت اللحم وينشز العظم، أي ينميه ويزيده، وهذا لا يتحقق إلا برضاع يوم كامل على الأقل، وهو خمس رضعات متفرقات.

ثالثها ـ حديث «لا تحرم المصة والمصتان» وفي رواية «لا تحرم المصة والمصتان، ولا الإملاجة والإملاجتان»[2].

وقال المالكية والحنفية: الرضاع المحرم يكون بالقليل والكثير، ولو بالمصة الواحدة، للأدلة الثلاثة التالية:

أولها ـ عموم قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ فإنه علق التحريم بالإرضاع من غير تقدير بقدر معين، فيعمل به على إطلاقه.

---

(١) نصب الراية: ٣/٢١٨.

(٢) روى مسلم الحديث الأول، وروى ابن حبان في صحيحه الحديث الثاني عن عائشة (نصب الراية: ٣/٢١٧، سبل السلام: ٣/٢١٣).

ثانيها ـ حديث «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] فإنه ربط التحريم بمجرد الرضاع، ويؤكده آثار عن بعض الصحابة، روي عن علي وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا: قليل الرضاع وكثيره سواء.

ثالثها ـ إن الرضاع فعل يتعلق به التحريم، فيستوى قليله وكثيره؛ لأن شأن الشارع إناطة الحكم بالحقيقة مجردة عن شرط التكرار والكثرة، وتتحقق جزئية الرضيع من المرضعة بالقليل والكثير.

ويعمل بهذا الرأي في مصر وليبيا، ويعمل في سورية بالرأي الأول، وهو الراجح، لما فيه من توسعة وتيسير على الناس.

المبحث الثالث ـ ما يثبت به الرضاع:

يثبت الإرضاع بأحد أمرين: الإقرار والبينة[2].

١ ـ أما الإقرار: فهو عند الحنفية اعتراف الرجل والمرأة معاً أو أحدهما بوجود الرضاع المحرم بينهما.

فإذا أقر الرجل والمرأة بالرضاع قبل الزواج، بأن اعترفا بأنهما أخوان من الرضاع، فلا يحل لهما الإقدام على الزواج، وإن تزوجا كان العقد فاسداً، ولم يجب للمرأة شيء من المهر.

وإن كان الإقرار بعد الزواج وجب عليهما الافتراق، فإن لم يفترقا اختياراً، فرق القاضي بينهما جبراً؛ لأنه تبين فساد العقد، ويجب للمرأة الأقل من المسمى ومهر المثل.

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس ومن حديث عائشة، ورواه أحمد والترمذي وصححه عن الإمام علي رضي الله عنه بلفظ «إن الله حرَّم من الرضاع ما حَرَّم من النسب» (نصب الراية: ٢١٨/٣، نيل الأوطار: ٢١٧/٦ ـ ٢١٨).

(٢) البدائع: ١٤/٤، القوانين الفقهية: ص ٢٠٧، مغني المحتاج: ٤٢٣/٣ ـ ٤٢٥، المغني: ٥٥٨/٧ ـ ٥٦٢، الشرح الصغير: ٧٢٥/٢ ـ ٧٢٧.

ب ـ وإذا كان الإقرار من جانب الرجل وحده، كأن يقول: هي أختي أو أمي أو بنتي في الرضاع: فإن كان الإقرار قبل الزواج، فلا يحل له التزوج بها. وإن كان بعد الزواج، وجب عليه أن يفارق المرأة، فإن لم يفارقها اختياراً، وجب على القاضي أن يفرق بينهما جبراً، ويكون للمرأة في التفريق قبل الدخول نصف المهر المسمى، وبعد الدخول يكون لها جميع المهر المسمى، ولها النفقة والسكنى في العدة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه الغير، أو ثبتت بالبينة صحة الإقرار، ولكن لا يبطل حقها بالمهر والنفقة والسكنى.

جـ ـ وإذا كان الإقرار من جانب المرأة وحدها: فإن كان قبل الزواج، فلا يحل لها أن تتزوجه، ولكن يحل له أن يتزوجها إذا وقع في قلبه كذبها على المفتى به؛ لأن الطلاق له لا لها، والإقرار حجة قاصرة على المقر، ويحتمل أن يكون إقرارها لغرض خفي في نفسها.

وإن كان الإقرار منها بعد الزواج، فلا يؤثر الإقرار على صحة الزواج إلا إذا صدقها الزوج فيه.

ويجوز للمقر الرجوع عن إقراره ما لم يشهد على إقراره، سواء قبل الزواج أم بعده، بأن يقول: كنت واهماً أو ناسياً، لاحتمال أنه أقر بناء على إخبار غيره، ثم تبين له كذبه. فإن أشهد على إقراره، لم يقبل منه الرجوع بعدئذ، لوجود التناقض بين إقراره ورجوعه.

ويثبت الرضاع عند المالكية بإقرار الزوجين معاً، أو باعتراف أبويها، أو باعتراف الزوج المكلف وحده ولو بعد العقد؛ لأن المكلف يؤخذ بإقراره، أو باعتراف الزوجة فقط إذا كانت بالغاً قبل العقد عليها، لا إن أقرت بعده، ويفسخ الزواج بينهما في كل هذه الأحوال.

فإن حصل الفسخ قبل الدخول بها فلا شيء لها ، إلا أن يقر الزوج فقط بعد العقد ، فأنكرت ، فلها نصف المهر [1] .

وإن حدث الفسخ بعد الدخول بها ، فلها المهر المسمى جميعه ، إلا إذا علمت المرأة بالرضاع قبل الدخول ، ولم يعلم هو ، فلها ربع دينار بالدخول . وليس لها نفقة ولا سكنى .

ويقبل إقرار أحد أبوي صغير ، بأن أقر أبوه أو أمه بالرضاع قبل العقد عليه فقط ، فلا يصح العقد بعد الإقرار .

ولا يصح الرجوع عن الإقرار ، سواء أصر المقر على إقراره أم لم يصر .

ويشترط لصحة الإقرار عند الشافعية رجلان ، فلا يثبت بإقرار غيرهما ، لاطلاع الرجال عليه غالباً .

ولو قال الرجل : هند بنتي أو أختي برضاع ، أو قالت المرأة : هو أخي ، حرم تناكحهما ، لأنه يؤاخذ كل منهما بإقراره .

ولو قال زوجان : بيننا رضاع محرِّم ، فرِّق بينهما ، وسقط المهر المسمى ، ووجب مهر المثل إن حدث الوطء .

وإن ادعى الزوج رضاعاً محرِّماً ، فأنكرت زوجته ذلك ؛ انفسخ النكاح وفرق بينهما ، ولها إن وطئ المهر المسمى إن كان صحيحاً ، وإلا فمهر المثل ، لاستقراره بالدخول . فإن لم يطأ فلها نصف المهر ، لورود الفرقة منه ، ولا يقبل قوله عليها ، وله تحليفها قبل الدخول ، وكذا بعد الدخول إن كان المسمى أكثر من مهر المثل . وإن نكلت عن اليمين حلف الزوج ولزمه مهر المثل فقط بعد الوطء ، ولا شيء لها عليه قبله .

---

(١) هذه إحدى المسائل الثلاث المستثنيات من قاعدة « كل عقد فسخ قبل الدخول ، لاشيء فيه » إلا نكاح الدرهمين ، وفرقة المتلاعنين ، وفسخ المتراضعين .

وإن ادعت الزوجة الرضاع، فأنكر الزوج ذلك، صدق بيمينه إن زوّجت برضاها، وإلا بأن زوجت بغير رضاها، فالأصح تصديقها بيمينها. ولها في الحالين مهر مثلها إن وطئت جاهلة بالرضاع.

وقال الحنابلة: إن أقر الزوج قبل الدخول بالرضاع المحرّم، بأن قال: هي أختي من الرضاعة، انفسخ النكاح، كما قال الشافعية. فإن صدقته المرأة فلا مهر لها، وإن كذبته فلها نصف المهر.

وإن أقرت المرأة بأن زوجها أخوها من الرضاع، فكذبها، لم يقبل قولها في فسخ النكاح؛ لأنه حق عليها، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها؛ لأنها تقر بأنها لا تستحقه.

وإن كان بعد الدخول، فأقرت بعلمها بالرضاع وبتحريمها عليه، فلا مهر لها أيضاً، لإقرارها بأنها زانية مطاوعة.

وإن أنكرت شيئاً من ذلك، فلها المهر؛ لأنه وطء بشبهة، وهي زوجته في ظاهر الحكم؛ لأن قولها عليه غير مقبول.

٢ـ **وأما البينة:** فهي الشهادة، وهي الإخبار في مجلس القضاء بحق الشخص على الغير.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ثبوت الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين من أهل العدالة.

واختلفوا في ثبوت الرضاع بشهادة رجل واحدة، أو امرأة واحدة، أو أربع من النساء.

فقال الحنفية: لا تقبل هذه الشهادات، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين» وكان قوله بمحضر من الصحابة، ولم ينكر

أحد، فكان هذا إجماعاً، ولأن الرضاع مما يطلع عليه الرجال، فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد، كالشهادة في الدخول.

وقال المالكية: لا يثبت الرضاع قبل العقد بشهادة امرأة فقط ولو فشا منها أو من غيرها الرضاع، إلا أم الصغير، فتقبل شهادتها، مع الفشو، ولا يصح العقد معه.

ويثبت الرضاع بشهادة رجل وامرأة أو بشهادة امرأتين إن فشا الرضاع منهما أو من غيرهما بين الناس، قبل العقد. ولا تشترط مع الفشو عدالة على الأرجح. وإنما اشترط لقبول هذه الشهادة: الإظهار قبل الزواج، لإبعاد التهمة عن الشاهد بهذه الشهادة.

وقال الشافعية: يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة، لاختصاص النساء بالاطلاع عليه غالباً كالولادة، ولا يثبت بدون أربع نسوة، إذ كل امرأتين بمثابة رجل.

وتقبل شهادة المرضعة مع غيرها، إن لم تطلب أجرة عن رضاعها، ولا ذكرت فعلها، بل شهدت أن بينهما رضاعاً محرِّماً؛ لأنها لا تريد بهذه الشهادة نفعاً ولا تدفع ضرراً. أما إذا طلبت الأجرة فلا تقبل شهادتها؛ لأنها متهمة.

وتقبل شهادة أم الزوجة وبنتها مع غيرهما حسبة بلا تقدم دعوى، ومن المتفق عليه أن الرضاع مما تقبل فيه شهادة الحسبة، فلا تتوقف على الدعوى، لأنه يتضمن الحرمة، وهي من حقوق الله تعالى، كما تقبل الشهادة على الطلاق حسبة دون تقدم دعوى.

الفصل الثالث

الحضانة أو كفالة الطفل

يتضمن ستة مباحث هي :

الأول ـ معنى الحضانة وحكمها وصاحب الحق فيها .

الثاني ـ ترتيب درجات الحواضن أو مستحقي الحضانة من النساء والرجال .

الثالث ـ شروط استحقاق الحضانة أو شروط المحضون والحاضنة .

الرابع ـ أجرة الحضانة وتوابعها من السكنى والخدمة .

الخامس ـ مكان الحضانة والانتقال بالصغير إلى بلد آخر، وحق غير الحاضنة بزيارته .

السادس ـ مدة الحضانة ، وما يترتب على انتهائها من ضم الولد لأبيه .

وبحثها يأتي تباعاً على الترتيب المذكور.

المبحث الأول ـ معنى الحضانة وحكمها وصاحب الحق فيها :

معنى الحضانة : الحضانة لغة مأخوذة من الحِضن : وهو الجنب ، وهي الضم إلى الجنب . وشرعاً هي : تربية الولد لمن له حق الحضانة . أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه ، كطفل وكبير مجنون . وذلك برعاية

شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها[1].

والحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها؛ لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال. فإذا بلغ الطفل سناً معينة، كان الحق في تربيته للرجل؛ لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء.

وحكمها: أنها واجبة؛ لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك[2].

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق الجم، حتى إنه يكره للإنسان أن يدعو على ولد أثناء تربيته، كما يكره أن يدعو على نفسه وخادمه وماله[3]، لقوله ﷺ: «لا تدعوا على أنفسكم، ولا تدعوا على أولادكم، ولا تدعوا على خدمكم، ولا تدعوا على أموالكم، لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء، فيستجيب له»[4]، وروى أبو موسى عن ابن عباس: «أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل على النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن لي بنات، وأنا أدعو عليهن بالموت، فقال: يا ابن ساعدة، لا تدعو عليهن، فإن البركة في البنات، هن المجملات عند النعمة، والمعينات عند المصيبة، والممرضات عند الشدة، ثقلهن على الأرض، ورزقهن على الله».

وأما صاحب الحق في الحضانة: فمختلف فيه بين الفقهاء[5]، فقيل: إن الحضانة حق للحاضن، وهو رأي الحنفية، والمالكية على المشهور وغيرهم؛ لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض، ولو كانت الحضانة حقاً لغيره لما سقطت بإسقاطه.

---

(١) البدائع: ٤٠/٤، الشرح الصغير: ٧٥٦/٢، مغني المحتاج: ٤٥٢/٣، كشاف القناع: ٥٧٦/٥.

(٢) المغني: ٦١٢/٧، غاية المنتهى: ٢٤٩/٣، كشاف القناع: ٥٧٦/٥.

(٣) مغني المحتاج: ٤٦٤/٣.

(٤) رواه مسلم في كتابه، وأبو داود عن جابر بن عبد الله.

(٥) الدر المختار ورد المحتار: ٨٧١/٢، ٨٧٥، القوانين الفقهية: ص ٢٢٥، الشرح الصغير: ٧٦٣/٢.

وقيل: إنها حق للمحضون، فلو أسقطها هو سقطت.

والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معاً: حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حق المحضون على غيره. وتفرع عن ذلك الأحكام الآتية[1]:

١ً- تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها، بأن لم يوجد غيرها.

٢ً- لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها؛ لأن الحضانة حقها، ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم.

٣ً- إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع عند الحنفية صحيح والشرط باطل؛ لأن هذا حق الولد، أن يكون عند أمه ما دام محتاجاً إليها.

٤ً- لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لغيرها إلا لمسوغ شرعي.

٥ً- إذا كانت المرضعة غير الحاضنة للولد، فعليها إرضاعه عندها كما قدمنا؛ حتى لا يفوت حقها في الحضانة.

المبحث الثاني- ترتيب درجات الحواضن أو مستحقي الحضانة:

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعل الإناث أليق بالحضانة؛ لأنهن أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، كما تقدم، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال

---

(١) الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج: ص ٤٥٧، وللأستاذ الشيخ زكي الدين شعبان: ص ٦١٤.

العصبات المحارم، واختلفوا أحياناً في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة، على النحو التالي علماً بأن مستحقي الحضانة إما إناث فقط، وإما ذكور فقط، وإما الفريقان، وذلك في سن معينة، فإذا انتهت تلك السن، كان الرجال أقدر على تربية الطفل من النساء[١].

أولاً - من النساء:

١ - الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجوراً يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة، أو غير مأمونة، بأن تخرج كل وقت، وتترك الولد ضائعاً.

ودليل تقديم الأم من السنة: ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت له: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حواء[٢]، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[٣] وقال ﷺ: «من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[٤].

وروي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلق إلى أبي بكر

---

(١) البدائع: ٤/٤١ - ٤٤، الدر المختار: ٢/٨٧١ وما بعدها، ٨٧٧ وما بعدها، فتح القدير: ٣/٣١٣ - ٣١٨، الكتاب مع اللباب: ٣/١٠١ - ١٠٣، القوانين الفقهية: ص ٢٢٤، الشرح الصغير: ٢/٧٥٦ وما بعدها، المهذب: ٢/١٦٩ - ١٧١، مغني المحتاج: ٣/٤٥٢ - ٤٥٤، كشاف القناع: ٥/٥٧٦ وما بعدها، غاية المنتهى: ٣/٢٤٩، المغني: ٧/٦١٣، ٦١٩ - ٦٢٤.

(٢) الحواء: المكان الذي يضم الشيء ويجمعه.

(٣) رواه أبو داود والبيهقي والحاكم وصحح إسناده.

(٤) رواه أحمد والترمذي والحاكم عن أبي أيوب وهو صحيح.

رضي الله عنهم، فقال له أبو بكر: «مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه»[1].

٢ ـ ثم أم الأم (الجدة الأم) لمشاركتها الأم في الإرث والولادة، ثم عند الحنفية، والشافعية في الجديد: أم الأب، لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق، ثم أم أبي الأب، ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه. وأخَّر المالكية أم الأب بعد الخالة وعمة الأم.

وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم، ثم الجد، ثم أمهاته.

٣ ـ ثم الأخت عند الحنفية والشافعية والحنابلة ـ أخت المحضون الشقيقة، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية الأخت لأم؛ لأن الحق من قبلها، ثم الأخت لأب، وعكس الشافعية فقدموا في الأصح الأخت لأب على الأخت لأم، لاشتراكها مع المحضون في النسب، ولقوة إرثها، فإنها قد تصير عصبة، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم لأم.

والسبب في تقديم الأخوات عند الجمهور هؤلاء على الخالات والعمات: أنهن أقرب، وأنهن أولاد الأبوين، لذا قدمن في الميراث.

وقدم المالكية الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم أبو المحضون على الأخت ـ أخت المحضون.

٤ ـ ثم الخالة عند الحنفية والشافعية والحنابلة ـ خالة المحضون الشقيقة، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية خالة لأم، ثم خالة لأب؛ لأن الشأن أن من كان من جهة الأم أشفق ممن كان من جهة الأب فقط. والأصح عند الشافعية تقديم خالة لأب، وعمة لأب على من كان من جهة الأم، لقوة الجهة كالأخت.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة.

وقدم المالكية كما بينا الخالة ثم الجدة لأب وإن علت على الأخت.

٥ ـ ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ في رأي الحنفية والشافعية، فالصحيح عندهم أن الخالة أولى من بنات الأخت أو الأخ؛ لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر، والخالة تدلي بقرابة الأم، فكانت الخالة أولى. وبنت الأخ أولى من العمة؛ لأن بنت الأخ أقرب، لأنها ولد الأب، والعمة ولد الجد، فكانت بنت الأخ أقرب، فكانت أولى، وذلك كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم.

ورأى المالكية والحنابلة أن العمة مقدمة على ابنة الأخ.

٦ ـ ثم العمة اتفاقاً ـ عمة المحضون، ثم عمة أبيه وهي أخت جد المحضون. والحاصل أن ترتيب الحواضن من النساء في المذاهب كما يأتي:

أ ـ الحنفية: الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصبات بترتيب الإرث.

ب ـ المالكية: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم للوصي، ثم للأفضل من العصبة كما سيأتي.

جـ ـ الشافعية: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث فهم كالحنفية.

د ـ الحنابلة: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم أخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم عمة، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب.

موقف القانون: أخذ القانون السوري (م ١٣٩/١) برأي الحنفية:

١ ـ حق الحضانة للأم فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت، فللأخت

الشقيقة، فللأخت لأم، فللأخت لأب، فلبنت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فبنت الأخت لأب، فللخالات، فللعمات بهذا الترتيب، ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث.

ثانياً ـ من الرجال:

إن لم يكن للمحضون أحد من النساء المذكورات، انتقلت الحضانة إلى الرجال على ترتيب العصبات الوارثين المحارم: الآباء والأجداد وإن علوا، ثم الإخوة وأبناؤهم وإن نزلوا، فالأعمام ثم بنوهم عند الحنفية وغيرهم على الصحيح عند الشافعية. ولكن لا تسلم مشتهاة لذكر وارث غير محرم للمحضون كابن العم، فلا حق له في حضانة البنت المشتهاة اتفاقاً تحرزاً من الفتنة، وله حضانة الطفل.

ثم إذا لم يكن للصغير عصبة من الرجال، انتقلت الحضانة عند الحنفية لذوي أرحام، فتكون للأخ لأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال الشقيق ثم لأم؛ لأن لهؤلاء ولاية في النكاح، فيكون لهم حق الحضانة. لكن لم يأخذ قانوننا السوري بهذا الرأي، واقتصر على العصبات دون ذوي الأرحام.

ورأى الحنفية أنه إذا اجتمع اثنان في درجة واحدة من القرابة كعمين، قدم الأورع، ثم الأسن غير الفاسق والمعتوه وابن عم لفتاة مشتهاة وهو غير مأمون.

وقال المالكية: إن لم يكن واحد من الإناث السابقات تنتقل الحضانة للوصي، ثم للأخ الشقيق أو لأم أو لأب، ثم للجد لأب الأقرب فالأقرب ثم ابن الأخ المحضون، ثم العم فابنه. ولا حضانة لجد لأم ولا خال، ثم المولى الأعلى: وهو من أعتق المحضون، فعصبته نسباً، فمواليه، فالأسفل: وهو من أعتقه والد المحضون.

ويقدم في المتساوين درجة كأختين وخالتين وعمتين بالصيانة والشفقة، فإن تساويا فالأسن.

وقال الشافعية : إن استوى اثنان في القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين أو العمتين ، أقرع بينهما ؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا مزية لإحداهما على الأخرى ، فوجب التقديم بالقرعة .

والأصح أنه إن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء ، وللمحضون أقارب من رجال ذوي الأرحام ومن يدلي بهم ، كالخال وأبي أم ، فلا حضانة لهم ، لفقد الإرث والمحرمية ، أو لضعف القرابة ، فلا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام وهم ابن البنت وابن الأخت وابن الأخ من الأم وأبو الأم ، والخال ، والعم من الأم ؛ لأن الحضانة لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال ، وهذا لا يوجد في ذوي الأرحام من الرجال .

ورأى الحنابلة كالحنفية أن الحضانة عند فقد العصبات تثبت لذوي الأرحام الذكور والإناث ، وأولاهم أبو أم ، فأمهاته ، فأخ لأم ، فخال ، ثم الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره .

تعدد أصحاب الحق : تبين مما اتفقت عليه المذاهب أنه إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام ، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقاً ، فإن تساووا قدّم أكبرهم سناً ، وقد نصت المادة (١٤٠) من القانون السوري على أنه : إذا تعدد أصحاب حق الحضانة ، فللقاضي حق اختيار الأصلح .

مهمة الحاضنة والأب : على الأب رعاية المحضون وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة ، أما الأنثى فلا تؤجر في عمل أو خدمة ؛ لأن المستأجر يخلو بها ، وذلك سيء في الشرع[1] .

وللحاضنة أماً أو غيرها قبض نفقة المحضون وكسوته وما يحتاج إليه من أبيه في

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٨٨٣/٢ .

أوقات منتظمة يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً ، بحسب اجتهاد الحاكم ومراعاة حال الأب . وليس للأب أن يقول للحاضنة : ابعثيه ليأكل عندي ، ثم يعود لكِ ، لما فيه من الضرر بالطفل ، والإخلال بصيانته ، وليس لها موافقته على طلبه[1] .

المبحث الثالث ـ شروط استحقاق الحضانة ، أو شروط المحضون والحاضنة :

شروط المحضون : المحضون : هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل ، وكبير مجنون أو معتوه ، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه . أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ، وهو الذي يختار الإقامة عند من شاء من أبويه . فإن كان الشخص رجلاً ، فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عن أبويه ، ويستحب ألا ينفرد عنهما ، ولا يقطع بره عنهما . وإن كان أنثى لم يكن لها الانفراد ، ولأبيها منعها منه ؛ لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يؤذيها ويلحق العار بها وبأهلها ، وإن لم يكن لها أب ، فلوليها وأهلها منعها من الانفراد[2] .

شروط الحواضن : أنواع ثلاثة : شروط عامة في النساء والرجال ، وشروط خاصة بالنساء ، وشروط خاصة بالرجال ، وبعضها متفق عليه كالحرية والعقل والبلوغ والقدرة والأمانة وعدم كون الأنثى متزوجة بأجنبي عن الصغير ، وكون الحاضن ذات رحم من الصغير ، وبعضها مختلف فيه كالرشد والإسلام[3] .

---

(١) الشرح الصغير : ٧٦٤/٢ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٢٥ ، المهذب : ١٦٩/٢ ، مغني المحتاج : ٤٥٢/٣ ، كشاف القناع : ٥٧٦/٥ ، ٥٨١ ، المغني : ٦١٤/٧ .

(٣) البدائع : ٤١/٤ ـ ٤٢ ، الدر المختار وابن عابدين : ٨٧١/٢ ـ ٨٧٤ ، ٨٧٩ ، ٨٨٠ ، الشرح الصغير : ٧٥٨/٢ ـ ٧٦٢ ، مغني المحتاج : ٤٥٤/٣ ـ ٤٥٦ ، ٢٥٩ ، غاية المنتهى : ٢٤٩/٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٧٩/٥ وما بعدها ، المهذب : ١٦٩/٢ ، بداية المجتهد : ٥٦/٢ .

النوع الأول ـ الشروط العامة في النساء والرجال :

يشترط في الحاضن من النساء والرجال ما يأتي :

١ً ـ البلوغ : فلا حضانة للصغير ولو كان مميزاً ؛ لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه .

٢ً ـ العقل : فلا حضانة للمجنون والمعتوه ؛ لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما ، فلا يحسن الواحد منهما القيام بمصالحه ، فضلاً عن غيره .

واشترط المالكية الرشد ، فلا حضانة لسفيه مبذر ، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق .

وشرطوا أيضاً مع الحنابلة عدم المرض المنفر كالجذام والبرص ، فلا حضانة لمن به شيء من المنفرات .

٣ً ـ القدرة على تربية المحضون : وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته ، فلا حضانة للعاجز لكبر سن أو مرض أو شغل . فالمرأة المحترفة أو العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره ، لا تكون أهلاً للحضانة . وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه ، لا يسقط حقها في الحضانة . وقد جرى العمل في مصر على أن الطبيبات والمعلمات ونحوهن ، لا يسقط حقهن في الحضانة ؛ لأن الواحدة منهن تستطيع إدارة أمر الطفل بنفسها وبالتعاون مع قريبتها أو النائبة عنها .

وقد نصت المادة (١٣٧) من القانون السوري على الشروط السابقة : يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً .

ونص القانون السوري (م ١٣٩ / ٢) على أنه : لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة .

ويعد الأعمى عاجزاً عن الحضانة لعدم تحقق المقصود به .

٤ً ـ الأمانة على الأخلاق : فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه ، كالفاسق رجلاً أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام . لكن قيد ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم بكونه فسقاً يضيع به الولد ، فيكون لها حق الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور، مالم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه ، فينتزع منها ، صوناً لأخلاقه من الفساد ؛ لأنها غير أمينة . أما الرجل الفاسق العصبة فلا حضانة له .

واشترط المالكية أمن المكان : فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق ، أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت المشتهاة منهم الفساد ، أو سرقة مال المحضون أو غصبه .

٥ً ـ الإسلام شرط عند الشافعية والحنابلة : فلا حضانة لكافر على مسلم ؛ إذ لا ولاية له عليه ، ولأنه ربما فتنه عن دينه . ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة ، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية ، سواء أكانت أماً أم غيرها ؛ لأنه ﷺ خيَّر غلاماً بين أبيه المسلم وأمه المشركة ، فمال إلى الأم ، فقال النبي ﷺ : « اللهم اهده ، فعدل إلى أبيه »[1] ، ولأن مناط الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين .

لكن اختلف هؤلاء في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة :

فقال الحنفية : إنه يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ، ببلوغه سن السابعة ، أو يتضح أن في بقائه معها خطراً على دينه ، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها ، أو تعوده على شرب الخمر، وأكل لحم الخنزير. وهذا هو المعمول به في محاكم مصر.

---

(١) رواه أبو داود وغيره ، وأجيب عنه من قبل الفريق الأول بأنه منسوخ أو محمول على أنه ﷺ عرف أنه يستجاب دعاؤه ، وأنه يختار الأب المسلم . وقصده بتخييره استالة قلب أمه .

وقال المالكية : إنه يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعاً، ولكنها تمنع من تغذيته بالخمر ولحم الخنزير، فإن خشينا أن تفعل الحرام أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين، ليحفظ الولد من الفساد.

واختلفوا أيضاً في إسلام الحاضن :

فرأى الحنفية : أنه يشترط إسلام الحاضن واتحاد الدين، بخلاف الحاضنة ؛ لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين، ولأن حق الحضانة عندهم مبني على الميراث، ولا ميراث بالتعصيب للرجال مع اختلاف الدين، فلو كان الطفل مسيحياً أو يهودياً، وله أخوان، أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، كان حق الحضانة لغير المسلم.

ورأى المالكية : أنه لا يشترط إسلام الحاضن أيضاً كالحاضنة ؛ لأن حق الحضانة للرجل لا يثبت عندهم إلا إذا كان عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، فالحضانة في الحقيقة حق للمرأة.

النوع الثاني - شروط أخرى في النساء :

يشترط في المرأة أيضاً ما يأتي :

١ً - ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه : وهو متفق عليه للحديث السابق : «أنت أحق به ما لم تنكحي» ولأنه يعامل الصغير بقسوة وكراهية، ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج.

فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه وابن عمه وابن أخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له حق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته.

وقد نصت المادة (١٣٨) من القانون السوري على ذلك: زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها.

٢ً ـ أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وجدته: فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة إلى الصبي، لعدم المحرمية، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الأنثى.

٣ً ـ ألا تكون قد امتنعت من حضانته مجاناً والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة. فإن كان الأب معسراً وقبلت قريبة أخرى تربيته مجاناً، سقط حق الأولى في الحضانة. وهذا شرط عند الحنفية.

٤ً ـ ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه، ولو كان قريباً له؛ لأن سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع. فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها. وهذا شرط عند المالكية، واشترطوا أيضاً ألا يسافر ولي المحضون أو الحاضنة ستة برد فأكثر، فإن أراد أحدهما السفر أخذ المحضون من حاضنته، كما سنبين، إلا أن تسافر معه.

وشرط الشافعية والحنابلة أنه إذا كان المحضون رضيعاً: أن ترضعه الحاضنة، فإن لم يكن لها لبن، أو امتنعت من الإرضاع، فلا حضانة لها؛ لأن في تكليف الأب استئجار مرضعة تترك منزلها، وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسراً عليه، فلا يكلف ذلك.

النوع الثالث ـ شروط خاصة بالرجال:

يشترط في الرجل الحاضن أيضاً ما يأتي:

١ً ـ أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى مشتهاة: وهي التي حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع، حذراً من الخلوة بها، لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد

الشهوة أعطيت له بالاتفاق؛ لأنه لا فتنة. فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة. وأجاز الحنفية إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها إبقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأموناً عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه.

وكذلك أجاز الحنابلة تسليمها لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره. وأجاز الشافعية تسليمها لغير محرم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة، وتسلم لها لا له، إن لم تكن في رحله، كما لو كان في الحضر، أما لو كانت بنته أو نحوها في رحله، فإنها تسلم إليه، فتؤمن الخلوة.

٢ً ـ أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة؛ إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء. فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة. وهذا شرط عند المالكية.

واشترط المالكية أيضاً ألا يسافر ولي المحضون أو تسافر الحاضنة سفر نُقْلة، ستة بُرُد[1] فأكثر، فإن أراد الولي أو الحاضنة السفر المذكور، كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه، بشرط كون السفر لموضع مأمون وأمن الطريق، وهو شرط يقيد شروط الحضانة للنساء.

ما يتبع شروط الحضانة من أمور:

أولاً ـ سقوط الحضانة: تسقط الحضانة بأربعة أسباب عند المالكية، وافقهم في أغلبها غيرهم.

١ً ـ سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد، وهو مقدار ستة بُرُد فأكثر، كما بينا، فلو سافر ولي المحضون أو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر لا أقل منها، فللولي

---

(١) البريد العربي: ١٢ ميلاً أو أربعة فراسخ، وتساوي ٢٢١٧٦ م، والميل ١٨٤٨ م، والستة برد ١٣٣ كم.

أخذ المحضون، وتسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه. وقال الحنفية: يسقط الحق في الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبيت فيه، وأما غير الأم فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال. وقال الشافعية: يسقط الحق بالحضانة بالسفر لمكان مخوف أو بقصد النقلة، سواء أكان طويلاً أم قصيراً. وقال الحنابلة: يسقط الحق بالحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر.

٢ً ـ ضرر في بدن الحاضن كالجنون والجذام والبرص. وافقهم فيه الحنابلة.

٣ً ـ الفسق أو قلة دينه وصونه، بأن كان غير مأمون على الولد؛ لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة، وهذا متفق عليه. وقد نصت المادة (٣/١٤٧) على أنه: «إذا ثبت أن الولي ـ ولو أباً ـ غير مأمون على الصغير أو الصغيرة، يسلمان إلى من يليه في الولاية، وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة».

وأما نص الفقرة الأولى من هذه المادة فهو: «إذا كان الولي غير الأب، فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصلح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما، حتى تتزوج البنت أو تبلغ أو يبلغ الصبي سن الرشد».

٤ً ـ تزوج الحاضنة ودخولها، إلا أن تكون جدة الطفل زوجاً لجده أو تتزوج الأم عماً له، فلا تسقط؛ لأن الجد أو العم مَحرْم للصغير. وهذا متفق عليه، كما بينا.

وكذا تسقط الحضانة عند الشافعية والحنابلة بالكفر، كما تسقط بالاتفاق بالجنون أو العته[1].

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٢٤، الشرح الصغير: ٧٥٩/٢ ومابعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٨٨٠/٢، ٨٨٤، مغني المحتاج: ٤٥٦/٣ ـ ٤٥٨، كشاف القناع: ٥٧٩/٥ ومابعدها، المغني: ٦١٨/٧.

ثانياً ـ عودة الحق في الحضانة :

إذا سقطت الحضانة لمانع من الموانع ، ثم زال المانع ، فهل تعود الحضانة ؟ للفقهاء رأيان[1] :

قال المالكية في المشهور : إذا سقطت حضانة الحاضنة لعذر كمرض وخوف مكان ، وسفر ولي بالمحضون سفر نقلة ، وسفرها لأداء فريضة الحج ، ثم زال العذر بشفائها من المرض ، وتحقق الأمن ، وعودة من السفر الاضطراري ، عادت الحضانة إليها ؛ لأن المانع من الحضانة هو العذر الاضطراري ، وقد زال ، وإذا زال المانع عاد الممنوع .

أما إن تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم ودخل بها ، أو سافرت باختيارها لا لعذر ، ثم تأيمت بأن فارقها الزوج بطلاق أو فسخ نكاح أو وفاة ، أو عادت من السفر الاختياري ، فلا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع ؛ لأن سقوط الحضانة كان باختيارها ، فلا تعذر .

وقال الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) : إذا سقطت الحضانة لمانع ، ثم زال المانع ، عادت الحضانة إلى صاحبها ، سواء أكان المانع اضطرارياً كالمرض ، أم اختيارياً كالزواج والسفر والفسق ، لزوال المانع . لكن ذلك عند الحنفية في الحال بالنسبة للبائن ولو قبل انقضاء العدة ، أما الرجعية فلا بد من انقضاء العدة فيها .

وذكر الشافعية أن المطلَّقة تستحق الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب ، بشرط رضا الزوج بدخول المحضون بيته إن كان له ، فإن لم يرض لم تستحق .

وقرر الحنابلة استحقاق المطلقة الحضانة ، ولو كان الطلاق رجعياً ، ولو لم تنقض العدة .

---

(١) الدر المختار : ٨٨٠/٢ . الشرح الصغير : ٧٦٣/٢ ومابعدها ، مغني المحتاج : ٤٥٦/٣ ، كشاف القناع : ٥٨٠/٥ .

وقد نصت المادة (١٤١) من القانون السوري على أنه : « يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه » .

ثالثاً ـ هل تجبر الأم على الحضانة ؟

هذا بحث مفرع عن الحضانة ، هل هي حق الحاضنة أو حق الولد[١] ؟

المفتى به عند الحنفية أن الأم وغيرها لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت ، كما لا تجبر على الإرضاع ، إلا إذا تعينت لها ، بأن لم يأخذ ثدي غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال ، أو لم يوجد غيرها للحضانة . وهذا قول الشافعية والحنابلة ، والمالكية أيضاً على المشهور عندهم ، وبناء عليه : للأم إسقاط حقها في الحضانة ، وإذا أرادت العود لا حق لها عند المالكية .

وتجبر الأم إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم ، كيلا يضيع الولد .

وقيل : إنها تجبر على الحضانة مطلقاً ، ولهذا لا تملك إسقاطها بالخلع ، فلو خالعت الزوج على أن تترك له حق الحضانة ، أو اشترط الزوج ترك الولد عنده ، فالخلع صحيح عند الحنفية والشرط باطل ، ولحاضنته أخذها منه ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٣) من القانون السوري ، كما تقدم في بحث الخلع .

رابعاً ـ سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها :

قال المالكية[٢] : إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها ، يسقط حقه بالشروط الآتية :

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٨٧٥/٢ ، الشرح الصغير : ٧٦٣/٢ ، مغني المحتاج : ٤٥٦/٣ ، المغني : ٦١٥/٧ ومابعدها .

(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي : ٧٦٣/٢ ومابعدها .

١ً ـ أن يعلم بحقه في الحضانة : فإن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه ، مهما طالت مدة سكوته .

٢ً ـ أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة : فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت ؛ لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله .

٣ً ـ أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة : فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت ، ثم طلبها قبل مضي العام ، قضي له باستحقاقها .

فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي ودخل بها ، ولم يعلم بالزواج من انتقلت الحضانة له حتى فارقها زوجها بطلاق أو وفاة ، استمرت الحضانة لها . وكذا إن علم بزواجها وسكت عن أخذ الولد عاماً ، حتى فارقها زوجها ، لم ينزعه منها ، وبقي معها ؛ لأن سكوته حتى مضت سنة ، يسقط حقه بطلب الحضانة .

المبحث الرابع ـ أجرة الحضانة وتوابعها من السكنى والخدمة :

هل تجب الأجرة على الحضانة ؟ للفقهاء رأيان[1] :

ليس للحاضن أجرة على الحضانة في رأي الجمهور غير الحنفية ، سواء أكانت الحاضن أماً أم غيرها ؛ لأن الأم تستحق النفقة إن كانت زوجة ، وغير الأم نفقتها على غيرها وهو الأب . لكن إن احتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه وغسل ثيابه ، فللحاضن الأجرة .

وقال الحنفية : لا تستحق الحاضنة أجرة على الحضانة إذا كانت زوجة أو معتدة لأبي المحضون في أثناء العدة ، سواء عدة الطلاق الرجعي أو البائن في الأوجه ، كما لا تستحق أجراً على الإرضاع ، لوجوبها عليها ديانة ، ولأنها تستحق النفقة في أثناء الزوجية والعدة ، وتلك النفقة كافية للحضانة .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٨٧٦/٢ ، الشرح الصغير : ٧٦٥/٢ ، الفتاوى الهندية : ٤٨٤/١

أما بعد انقضاء العدة فتستحق أجرة الحضانة ؛ لأنها أجرة على عمل .

وتستحق الحاضنة غير الزوجة أجرة الحضانة ، مقابل قيامها بعمل من الأعمال ، وتلك الأجرة غير أجرة الإرضاع ، ونفقة الولد ، فهي ثلاثة واجبات .

وقد أخذ القانون السوري (م ١٤٣) برأي الحنفية ، ونص هذه المادة : لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق .

التفضيل بين الأم والمتبرعة بالحضانة :

يرى الحنفية[1] : أن المتبرعة بالرضاع تقدم على الأم ، إذا لم ترض بالإرضاع بلا أجر ، أما المتبرعة بالحضانة : فإن كانت غير محرم للصغير ، فلا تقدم على صاحبة الحق في الحضانة ، وإن كانت محرماً للصغير فتقدم المتبرعة إذا كانت الأجرة في مال الصغير أو كان الأب معسراً ، ولا تقدم في غير هاتين الحالتين .

وسبب التفرقة : أن المقصود من الرضاع التغذية ، وهي تتحقق من غير المحارم كالمحارم ، أما الحضانة فيقصد بها تربية الصغير وتعهده بالرعاية والعناية ، وهذه أمور تحتاج إلى الشفقة والحنان ، وتكون القريبة أشفق من البعيدة .

وإذا لم يوجد أحد يرضى بالحضانة مجاناً وكان الأب معسراً ، ولم يكن للصغير مال ، فإن الأم ومن يليها في استحقاق الحضانة تجبر على الحضانة ، وتكون أجرتها ديناً على الأب إلى وقت اليسار ، ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو بالإبراء .

أجرة مسكن الحضانة وأجرة الخادم :

اتفق الحنفية على المختار ، والمالكية على المشهور[2] على وجوب أجرة مسكن

---

(١) الدر المختار : ٨٧٣/٢ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٨٧٧/٢ ، الشرح الصغير : ٧٦٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٥ ، مغني المحتاج : ٤٥٢/٣ ، كشاف القناع : ٥٧٦/٥ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٥٣٣/٢ .

الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن ؛ لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير، فتجب على من تجب عليه نفقته، باجتهاد القاضي أو غيره حسب حال الأب .

وكذلك اتفقوا على وجوب أجرة للخادم إذا احتاج الصغير إلى خادم ؛ لأنه من لوازم المعيشة . والظاهر أن المذاهب الأخرى متفقة مع هذا الرأي .

المكلف بنفقة الحضانة : اتفق الفقهاء أيضاً على أن مؤنة (نفقة) الحضانة تكون في مال المحضون، فإن لم يكن له مال، فعلى الأب أو من تلزمه نفقته ؛ لأنها من أسباب الكفاية والحفظ والإنجاء من المهالك[1] . وإذا وجبت أجرة الحضانة فتكون ديناً لا يسقط بمضي المدة ولا بموت المكلف بها، أو موت المحضون، أو موت الحاضنة .

موقف القانون : نصت المادة (١٤٢) على المكلف بنفقة الحضانة : «أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بحسب حال المكلف بها» . ونصت المادة (١٤٤) على حالة إعسار المكلف بالنفقة وتبرع أحد المحارم بالحضانة : «إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً عاجزاً عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه، خيرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجرة، أو تسليمه لمن تبرع» .

بدء استحقاق نفقات الحضانة :

يبدأ استحقاق نفقة الحضانة من أجرة ومسكن وخادم في رأي الحنفية كما يبدأ استحقاق أجرة الرضاع وقياساً عليها[2]، فإن كان هناك اتفاق على الحضانة بأجر معين، أو حكم قضائي بالأجر، استحقت الحاضنة الأجر من تاريخ الاتفاق أو الحكم .

وإذا لم يوجد اتفاق على الأجر، ولا حكم به، فإن كانت الحاضنة غير الأم، فلا تستحق أجرة على الحضانة إلا من تاريخ الاتفاق أو الحكم .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٩٣١/٢ .

وإن كانت الحاضنة هي الأم استحقت الأجرة من وقت قيامها بالحضانة بعد انقضاء العدة من غير توقف على تراض أو قضاء. وقيل: من يوم الاتفاق أو الحكم. وقد أخذ القضاء المصري بالتفرقة بين الأم وبين غيرها في الإرضاع والحضانة.

المبحث الخامس ـ مكان الحضانة والانتقال بالصغير إلى بلد آخر، وحق زيارته:

مكان الحضانة: هو مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة. وللفقهاء آراء متقاربة في تحديد موطن الحضانة وما يترتب عليه[1]. أما الحنفية ففصلوا القول كما يأتي:

أ ـ إذا كانت الأم هي الحاضنة في حال قيام الزوجية، أو أثناء العدة من طلاق أو وفاة، فمكان الحضانة: هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج، ولا يجوز لها الانتقال به إلا بإذن الزوج؛ لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية، سواء مع الولد أو بدونه، لقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾.

ب ـ أما الأم المطلَّقة بعد انتهاء العدة: فمكان حضانتها هو أيضاً مكان إقامة الزوج، ولا يجوز لها الخروج بالولد من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت بحيث لا يمكن الوالد أن يبصر ولده، ثم يرجع في نهاره، إلا إذا انتقلت به إلى وطنها، وكان قد تزوجها (أي عقد عليها عقد الزواج) فيه. فإذا توافر هذان الشرطان: الوطن وكونه مكان العقد، جاز للأم الانتقال بالمحضون إليه، وإلا لم يجز، ويسقط حقها في الحضانة.

---

(١) الفتاوى الهندية: ٤٨٤/١، الدر المختار: ٨٨٤/٢ وما بعدها، الكتاب مع اللباب: ١٠٤/٣، فتح القدير: ٣١٩/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٢٤، الشرح الصغير: ٧٦٢/٢، المهذب: ١٧٢/٢، مغني المحتاج: ٤٥٨/٣ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢٥٠/٣، المغني: ٦١٨/٧، كشاف القناع: ٥٨١/٥ وما بعدها.

جـ ـ وأما الحاضنة الأخرى غير الأم كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ورضاه، حتى لا يتضرر الولد، فلو انتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب، سقط حقها في الحضانة.

وقال المالكية: مكان الحضانة للمطلقة بعد انقضاء العدة هو مكان إقامة والد المحضون. فليس لها السفر سفر نُقْلة وانقطاع من بلد إلى بلد ستة بُرُد (١٣٣ كم) فأكثر، فإن سافرت إلى مكان يبعد هذه المسافة عن بلد إقامة الأب، سقط حقها في الحضانة لاحتياج المحضون إلى رعاية الولي. ولا يسقط حقها في الحضانة بسفر التجارة والزيارة والحج ونحوه.

وذهب الشافعية إلى أنه إن كان السفر من أحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة كتجارة وحج، كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود. وإن كان السفر من أحد الزوجين سفر نُقْلة، كان الأب أولى من الأم بالحضانة، بشرط أمن الطريق وأمن البلد المقصود بالسفر، حفظاً للنسب، فإنه يحفظه الآباء، أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق.

فإن كان السفر مخوفاً، أو البلد الذي يسافر إليه مخوفاً، فالمقيم أحق بالحضانة للولد.

وقرر الحنابلة أنه متى أراد أحد الأبوين الانتقال بالمحضون إلى بلد آمن، مسافة القصر فأكثر، ليسكنه، فتسقط حضانة الحاضنة، ويكون الأب أحق، ما لم يرد بنقلته مضارتها، فإن أراد بنقلته مضارة الأم، لم يسقط حقها في الحضانة.

انتقال الأب أو من يقوم مقامه إلى بلد آخر:

رأى الحنفية[1]: أنه ليس للأب أو الولي مطلقاً إخراج المحضون من بلد أمه بلا

---

(١) الدر المختار: ٨٨٥/٢.

رضاها ما بقيت حضانتها، فلو انتقل إلى بلد آخر غير بلد الحاضنة فليس له أخذ الولد معه ما دامت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله، سواء أكان البلد قريباً أم بعيداً، وسواء أكان السفر بقصد الإقامة أم التجارة أم الزيارة؛ لأن الحضانة حق الحاضنة، ولا يملك الولي إسقاط هذا الحق.

وسوّى المالكية[1] بين الحاضنة والولي في إسقاط حضانتها إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر مسافة ستة بُرُد فأكثر بقصد الإقامة، فإذا سافر الولي، سواء أكان ولي مال كالأب والوصي أم ولي عصوبة كالعم، على المحضون ولو رضيعاً، سفراً بقصد التوطن والإقامة، لمسافة تبعد عن بلد الحاضنة ستة برد فأكثر، كان له أخذ الولد من حاضنته، بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود، ويسقط حقها في الحضانة، إلا إذا سافرت مع الولي، فلا تسقط حينئذ حضانتها بانتقاله.

ودليلهم: أن حق الولي في الحضانة أقوى من حق الحاضنة؛ لأن التربية الروحية مقدمة على التربية البدنية، والولي أقدر من الحاضنة على تلك التربية.

وفرق الشافعية[2] بين سفر الحاجة وبين سفر النقلة، فإن أراد الولي أو الحاضنة سفر حاجة، كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود المسافر منهما، لما في السفر من الخطر والضرر.

وإن أراد أحدهما سفر نُقْلة، فالأب أولى، بشرط أمن طريقه وأمن البلد المقصود له، كما قرر المالكية، وإن لم يكن هناك أمن، فيقرّ عند أمه، وليس لوليه أن يخرجه إلى دار الحرب.

والحنابلة[3] كالشافعية، فإنهم قالوا كما تقدم: متى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد

(١) الشرح الصغير: ٧٦١/٢ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٤٥٨/٣ وما بعدها.

(٣) كشاف القناع: ٥٨١/٥.

مسافة قصر فأكثر، وكان البلد والطريق آمناً ، والقصد هو السكنى ، فالأب أحق بالحضانة ، سواء أكان المقيم هو الأب ، أم المنتقل ؛ لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتاديب الصغير وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ، ضاع .

والخلاصة : أن سفر الولي لا يسقط حق الحضانة للحاضنة في رأي الحنفية ، ويسقطها في رأي الجمهور.

زيارة الولد :

حق الرؤية أو الزيارة لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعاً باتفاق الفقهاء ، لصلة الرحم ، ولكنهم ذكروا آراء مختلفة نسبياً ، بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد والوالد الذي ولده في حضانة غيره .

فقال الحنفية[1] : إذا كان الولد عند الحاضنة ، فلأبيه حق رؤيته ، بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم . وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة ، أو لانتهاء مدة الحضانة ، فلأمه رؤيته ، بأن يخرجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها ، كل يوم . والحد الأقصى كل أسبوع مرة كحق المرأة في زيارة أبويها ، والخالة مثل الأم ، ولكن كما جرى القضاء في مصر، تكون زيارتها كل شهر مرة .

وقال المالكية[2] : للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة ، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة . والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعلم ، وأما بعد بلوغ سن التربية والتعليم ، فله مطالعة ولده من آن لآخر، أي الاطلاع ملمه .

ويرى الشافعية[3] : أن المميز إن اختار أباه بعد تخييره في سن التمييز، لم يمنعه

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٨٨٥/٢ .

(٢) الشرح الكبير والدسوقي : ٥١٢/٢ ، الشرح الصغير : ٧٣٧/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٥٧/٣ .

زيارة أمه . ويمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا اختارته لتألف الصيانة وعدم البروز للناس . والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها وخبرتها .

ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته ، ذكراً أو أنثى ؛ لأن في المنع قطعاً للرحم ، لكن لا تطيل المكث ، ويمكنها من الدخول ، فإن بخل بدخولها إلى منزله ، أخرجه إليها .

والزيارة مرة في أيام ، أي في يومين فأكثر ، لا في كل يوم ، إلا إذا كان منزلها قريباً ، فلا بأس بدخولها منزل الأب كل يوم .

فإن مرض المحضون ، فالأم أولى بتمريضه ، ذكراً أو أنثى ؛ لأنها أهدى إليه ، وأصبر عليه من الأب ونحوه . والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به ، وإن لم يرض يكون التمريض في بيتها . ويجب الاحتراز في الحالين من الخلوة بها .

والحنابلة[1] كالشافعية قالوا : إن اختار المميز أباه ، كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ، ولا تمنع هي من تمريضه . وإن اختارها كان عندها ليلاً ، وعند أبيه نهاراً ليؤدبه ويعلمه .

وأما البنت فتكون عند أبيها بعد إتمام سن السابعة إلى الزفاف ، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر ؛ لأن فيه حملاً على قطيعة الرحم ، ولكن من غير أن يخلو الزوج بالأم ، ولا يطيل المقام ؛ لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية منه ، والورع إذا زارت امرأة ابنتها : تحري أوقات خروج أبيها إلى معاشه ، لئلا يسمع كلامها ، والكلام وإن كان غير عورة ، لكن يحرم التلذذ بسماعه .

وإن مرضت البنت ، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب ، لحاجتها إليه .

---

(١) غاية المنتهى : ٢٥١/٣ ـ ٢٥٢ ، كشاف القناع : ٥٨٣/٥ وما بعدها ، المغني : ٦١٧/٧ .

والأم تزور ابنتها، والغلام يزور أمه على ما جرت به العادة، كاليوم في الأسبوع.

المبحث السادس ـ مدة الحضانة وما يترتب على انتهائها من ضم الولد لأبيه:

اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، واختلفوا في بقائها بعد سن التمييز.

فقال الحنفية[1]: الحاضنة أماً أو غيرها أحق بالغلام حتى يستغني عن خدمة النساء، ويستقل بنفسه في الأكل والشرب واللبس والاستنجاء، وقدر زمن استقلاله بسبع سنين؛ لأنه الغالب، لقوله ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة لسبع» والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة. وقيل: بتسع سنين.

والأم والجدة أحق بالفتاة الصغيرة حتى تبلغ بالحيض أو الإنزال أو السن؛ لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء، والمرأة على ذلك أقدر، وأما بعد البلوغ فتحتاج إلى التحصين والحفظ، والأب فيه أقوى وأهدى. وبلوغ الصغيرة إما بتسع سنين أو بإحدى عشرة سنة.

والسبب في اختلاف الغلام والفتاة: هو أن القياس أو الأصل أن تتوقت الحضانة بالبلوغ فيهما جميعاً، لكن ترك القياس أو الأصل في الغلام بإجماع الصحابة؛ لما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم، أو تتزوج أمه. فبقي الحكم في الفتاة على أصل القياس؛ ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال واكتساب العلوم، والأب على ذلك أقدر وأقوم. والفتاة أحوج إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت، والأم أقدر

---

(١) البدائع: ٤٢/٤ ـ ٤٤، الدر المختار: ٨٨١/٢

على ذلك بعدما تبلغ أو تحيض، فإذا بلغت احتاجت إلى الحماية والصيانة والحفظ عمن يطمع بها، والرجال على ما ذكر أقدر.

وقال المالكية[1]: تستمر الحضانة في الغلام إلى البلوغ، على المشهور، ولو مجنوناً أو مريضاً، وفي الأنثى إلى الزواج ودخول الزوج بها، ولو كانت الأم كافرة. وهذا في الأم المطلقة أو من مات زوجها. وأما من في عصمة زوجها فهي حق للزوجين جميعاً.

ولا يخير الولد في رأي الحنفية والمالكية؛ لأنه لا قول له، ولا يعرف حظه، وقد يختار من يلعب عنده.

وقال الشافعية[2]: إن افترق الزوجان ولهما ولد مميز[3] ذكر أو أنثى، وله سبع أو ثمان سنين، وصلح الزوجان للحضانة، ولو فضل أحدهما الآخر ديناً أو مالاً أو محبة، وتنازعا في الحضانة، خيِّر بينهما، وكان عند من اختار منهما؛ «لأنه ﷺ خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه»[4] والغلامة كالغلام في الانتساب، ولأن القصد بالحضانة حفظ الولد، والمميز أعرف بحظه ومصلحته، فيرجع إليه.

والولد يتخير، ولو أسقط أحد الزوجين حقه قبل التخيير.

ولو اختار الولد أحد الأبوين، فامتنع من كفالته، كفله الآخر، فإن رجع الممتنع أعيد التخيير. وإن امتنع الأبوان وبعدهما مستحقان للحضانة كجد وجدة خيّر بينهما، وإلا أجبر بالحضانة من تلزمه نفقته؛ لأنها من جملة الكفالة. وإن صلح أحد الأبوين للحضانة دون الآخر بسبب جنون أو كفر أو رق أو فسق، أو زواج

---

(١) الشرح الصغير: ٧٥٥/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٢٤ وما بعدها.

(٢) المهذب: ١٧١/٢، مغني المحتاج: ٤٥٦/٣.

(٣) سن التمييز غالباً سبع سنين أو ثمان تقريباً، وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر عن الثمان، والحكم مداره عليه لا على السن.

(٤) رواه الترمذي وحسنه عن أبي هريرة.

الأنثى أجنبياً ، فالحق للآخر فقط ، ولا تخيير لوجود المانع . فإن عاد صلاح الآخر عاد التخيير.

ويخير الولد أيضاً بين أم وجد ، وكذا أخ أو عم أو أب مع أخت أو خالة في الأصح ، فإن اختار أحدهما ، ثم اختار الآخر ، حوّل إليه ؛ لأنه قد يظهر له الأمر، بخلاف ما ظنه ، أو يتغير حال من اختاره أولاً ، ولأن الولد قد يقصد مراعاة الجانبين .

وقال الحنابلة[1] : إذا بلغ الغلام غير المعتوه سبع سنين ، خير بين أبويه ، إذا تنازعا فيه ، كما قال الشافعية ، فكان مع من اختار منهما . ومتى اختار أحدهما ، فسلم إليه ، ثم اختار الآخر، رد إليه . ويخير الغلام بين أمه وعصبته ؛ لأن علياً رضي الله عنه خيّر عمارة الجرمي بين أمه وعمه ، ولأنه عصبة ، فأشبه الأب .

وإنما يخير الغلام بشرطين :

أحدهما ـ أن يكون الأبوان وغيرهما من أهل الحضانة : فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة ، كان كالمعدوم ، ويتعين الآخر.

الثاني ـ ألا يكون الغلام معتوهاً : فإن كان معتوهاً كان عند الأم ، ولم يخير؛ لأن المعتوه بمنزلة الطفل ، وإن كان كبيراً ، لذا كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه .

أما الفتاة إذا بلغت سبع سنين ، فالأب أحق بها ، ولا تخير عندهم خلافاً للشافعية ؛ لأن الغرض بالحضانة الحظ والمصلحة ، والحظ للفتاة بعد السبع في الوجود عند أبيها ؛ لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أولى به ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها .

---

(١) المغني : ٦١٤/٧ ـ ٦١٧ ، غاية المنتهى : ٢٥١/٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٨٢/٥ وما بعدها .

لكن إذا كانت البنت عند الأم أو عند الأب ، فإنها تكون عنده ليلاً ونهـاراً ؛ لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت ، كتعليمها الغزل والطبخ وغيرهما .

موقف القـانون : قرر القـانون المصري رقم ٢٥ لسنـة ١٩٢٩ أن حـق الحضـانـة ينتهي عنـد بلوغ الصغير سبع سنين ، وبلوغ الصغيرة تسعـاً . وكان هـذا هـو المقرر في القانون السوري ، ثم عدل الحكم سنة ١٩٧٥ ، فنصت المادة (١٤٦) على أنه : تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره ، والبنت الحادية عشرة .

ما يترتب على انتهاء مدة الحضانة من ضم الولد لأبيه أو جده :

إذا انتهت مرحلـة الحضـانـة ، ضم الـولـد إلى الـولي على النفس من أب أو جـد ، لا لغيرهمـا . ويظـل لـلأب الحـق في إمسـاك الصبي حتى يبلـغ ، فيخير بين أن ينفرد بالسكنى أو يسكن مع أي أبو يه شاء ، إلا إذا بلغ سفيهاً غير مأمون على نفسه ، فيضمـه الأب إليه ، لدفع فتنة أو عار ، ولتـأديبـه إذا وقع منـه شيء . ولا يلزم الأب بـالنفقـة على الولد بعد البلوغ إلا أن يتبرع . فإن بلغ معتوهـاً ، كان عنـد الأم ، سواء أكان ابنـاً أم بنتاً .

وأما الفتـاة : فيضمهـا الأب أو الجـد إذا كانت بكراً ، وكـذا إذا كانت ثيبـاً يخشى عليه الفتنة . فـإن كان لا يخشى عليهـا ، وكانت ذا خلق مستقيم وعقل سليم ، وصـارت مسنـة بلغت سن الأربعين ، فلهـا أن تنفرد بـالسكنى حيث شـاءت . ولا يلـزم الأب بالإنفاق على الفتاة إذا رفضت السكنى معه أو متابعته بغير حق[1] .

والخلاصة : إذا بلغ الولد أو البنت بكراً أو ثيبـاً ، وكانـا غير مـأمونين ، فلا خيـار لهم بالانفراد بالسكنى ، بل يضمهم الأب إليه .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٨٨٢/٢ وما بعدها .

الفصل الرابع

الولاية

الولاية: هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية. والقاصر: من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء أكان فاقداً لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز.

وعرفها الحنفية بأنها: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[1].

وقد عرفنا في بحث الزواج أن الولي ركن من أركان العقد عند غير الحنفية، وهي شرط صحة نكاح صغير ومجنون ورقيق في مذهب الحنفية.

وعرفنا في بحث النظريات الفقهية أن الولاية نوعان: ولاية على النفس وولاية على المال. والولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج.

والولاية على المال: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات كالبيع والإجارة والرهن وغيرها.

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين بحسب نوع هاتين الولايتين نذكرهما بإجمال.

---

(١) الدر المختار: ٤٠٦/٢.

المبحث الأول ـ الولاية على النفس :

أولاً ـ الولي على النفس وصلاحياته :

الولي على النفس في مذهب الحنفية[1] هو الابن ثم الأب ثم الجد أبو الأب ، ثم الأخ ، ثم العم ، أي أن الولاية على النفس تثبت عندهم على القاصر للعصبات بحسب ترتيب الإرث : البنوة ، فالأبوة ، فالأخوة ، فالعمومة . ويقدم الشقيق على من كان لأب فقط . فإن لم يوجد أحد من العصبات انتقلت ولاية النفس إلى الأم ثم باقي ذوي الأرحام .

وأما في مذهب المالكية فتثبت هذه الولاية على الترتيب التالي[2] : البنوة ، ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة . فالولي على النفس عندهم : هو الابن وابنه ، ثم الأب ثم وصيه ، ثم الأخ الشقيق وابنه ، ثم الأخ لأب وابنه ، ثم الجد أبو الأب ، ثم العم وابنه . ويقدم الشقيق منهما على غير الشقيق ، ثم القاضي في عصرنا .

ويجبر الولي على أخذ القاصر بعد انتهاء الحضانة ؛ لأن الولاية على النفس حق من حقوق المولى عليه .

وصلاحيات ولي النفس هي التأديب والتهذيب ، ورعاية الصحة ، والنمو الجسمي ، والتعليم والتثقيف في المدارس ، والإشراف على الزواج . وإذا كان القاصر أنثى وجب حمايتها وصيانتها ، ولا يجوز للولي تسليمها إلى من يعلمها صناعة أو حرفة تختلط فيها بالرجال .

ثانياً ـ شروط الولي على النفس :

يشترط في الولي على النفس[3] : البلوغ والعقل (التكليف) والقدرة على تربية

---

(١) الدر المختار : ٤٢٧/٢ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص ١٩٨ .

(٣) الدر المختار : ٤٠٦/٢ ، ٤٢٨ وما بعدها .

الولد، والأمانة على أخلاقه، والإسلام في حق المولى عليه المسلم أو المسلمة.

فلا ولاية لغير بالغ، ولا لغير عاقل، ولا لسفيه مبذر؛ لأن هؤلاء في حاجة إلى من يتولى شؤونهم، ولا ولاية لفاسق ماجن لا يبالي بما يفعل لأنه يضر بأخلاق القاصر وبماله. ولا ولاية لمهمل للولد كأن يتركه مريضاً، دون أن يحاول علاجه مع قدرته عليه، أو كأن يحرمه التعليم مع صلاحية الولد؛ لأن ذلك ضار بمصلحة القاصر.

وتنتقل الولاية حينئذ إلى الأصلح وفق الترتيب المتقدم.

موقف القانون : نصت المادة (١٧٠) من القانون السوري على ولاية الأب والجد ولاية نفس ومال، وعلى صلاحيات الولي، وعلى ما يسقط ولايته:

١ـ للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله، وهما ملتزمان بالقيام عليه.

٢ـ لغيرهما من الأقارب بحسب الترتيب المبين في المادة (٢١) ولاية على نفسه دون ماله.

وأما نص المادة (٢١) فهو: الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث، بشرط أن يكون مَحْرماً.

ونصت المادة (١/٢٢) على أنه: يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً.

٣ـ يدخل في الولاية النفسية: سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه إلى حرفة اكتسابية، والموافقة على التزويج، وسائر أمور العناية بشخص القاصر.

٤ـ يعتبر امتناع الولي عن إتمام تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الإلزامية سبباً لإسقاط ولايته، وتعتبر معارضة الحاضنة أو تقصيرها في تنفيذ ذلك سبباً مسقطاً لحضانتها.

ثالثاً ـ انتهاء الولاية على النفس :

تنتهي الولاية على النفس في رأي الحنفية في حق الغلام ببلوغه خمس عشرة سنة، أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية، وكان عاقلاً مأموناً على نفسه. وإلا بقي في ولاية الولي.

وأما في حق الأنثى، فتنتهي هذه المرحلة بزواجها، فإن تزوجت صار حق إمساكها لزوجها، وإن لم تتزوج بقيت في ولاية غيرها إلى أن تصير مسنّة مأمونة على نفسها، فحينئذ يجوز لها أن تنفرد بالسكنى، أو تقيم مع أمها. ولم يحدد الحنفية هذه السن، والظاهر من كلامهم أن تصير عجوزاً لا يرغب فيها الرجال.

ولكن القضاء في مصر وسورية أجاز للأنثى إذا بلغت سن الرشد (٢١ سنة في مصر، و١٨ سنة في سورية) أن تنفرد بالسكنى عن ولي النفس، إذا كانت مأمونة على نفسها، ولا يخشى عليها الفتنة.

وأما في مذهب المالكية: فتنتهي الولاية على النفس بزوال سببها، وسببها الصغر وما في معناه: وهو الجنون والعته والمرض. وأما الأنثى فلا تنتهي الولاية النفسية عليها إلا بدخول الزوج بها، كما بينا في بحث الحضانة.

المبحث الثاني ـ الولاية على المال :

أولاً ـ الولي على المال :

إذا كان للقاصر مال، كان للأب الولاية على ماله حفظاً واستثماراً باتفاق المذاهب الأربعة، ثم اختلفوا فيمن تثبت له الولاية على مال القاصر بعد موت أبيه.

فقال الحنفية: تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه، ثم للجد أبي الأب ثم لوصيه، ثم للقاضي فوصيه.

وقال المالكية والحنابلة : تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه ، ثم للقاضي أو من يقيمه ، ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاضٍ .

وقال الشافعية : تثبت هذه الولاية للأب ، ثم للجد ، ثم لوصي الباقي منهما ، ثم للقاضي أو من يقيمه . وبه يتبين أنهم خالفوا المذاهب الأخرى في تقديم الجد على وصي الأب ؛ لأن الجد كالأب عند عدمه ، لوفور شفقته مثل الأب ، ولذا تثبت له ولاية التزويج .

ولا تثبت ولاية المال لغير هؤلاء كالأخ والعم والأم إلا بوصاية من قبل الأب أو القاضي .

وتستمر هذه الولاية حتى يبلغ القاصر سن الرشد . فإذا بلغ رشيداً ، ثم طرأ عليه الجنون أو العته مثلاً ، فهل تعود الولاية عليه ؟

قال المالكية والحنابلة : لا تعود الولاية لمن كانت له ، وإنما تكون للقاضي ؛ لأن الولاية سقطت بالبلوغ عاقلاً ، والساقط لا يعود .

وقال الحنفية والشافعية في الأرجح عندهم : تعود الولاية لمن كانت له قبل البلوغ ؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، فإذا وجدت علة الولاية وجدت الولاية .

فإن كان الطارئ هو السفه : فإن الولاية على السفيه تكون في رأي الجمهور للقاضي أو من يعينه ؛ لأن المقصود هو المحافظة على ماله ، والنظر في مصالح الناس من صلاحيات القاضي .

حكم القانون : أخذ القانون المصري (م ١) رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ والقانون السوري برأي الحنفية في ترتيب درجات الأولياء على المال ، فنصت المادة (١٧٢ / ١) من القانون السوري على أنه : للأب والجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية على

مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً . وهذا يوافق المادة الأولى من القانون المصري .

ونصت المادة (١٧٦) من هذا القانون على تنصيب الأوصياء :

١ ـ يجوز للأب وللجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو الحمل ، وله أن يرجع عن إيصائه .

٢ ـ وتعرض الوصاية بعد الوفاة على المحكمة لتثبيتها .

٣ ـ إن الوصاية في أموال القاصرين بعد وفاة الأب هي للوصي الذي اختاره الأب ، وإن لم يكن قريباً لهم ، على أن تعرض الوصاية على القاضي لتثبيتها فيما إذا كانت مستوفية لشروطها الشرعية . وهذا يوافق المادة (٢٨) من القانون المصري .

ونصت المادة (١٧٧) منه على وصي المحكمة : إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار ، تعين المحكمة وصياً . وهي تطابق المادة (٢٩) من القانون المصري .

ثانياً ـ شروط الولي على المال :

يشترط لثبوت الولاية على المال ما يشترط لثبوت الولاية على النفس وهو ما يأتي[1] :

١ً ـ أن يكون الولي كامل الأهلية ، وذلك بالبلوغ والعقل والحرية ؛ لأن فاقد الأهلية أو ناقصها ليس أهلاً للولاية على مال نفسه ، فلا يكون أهلاً للولاية على مال غيره .

٢ً ـ ألا يكون سفيهاً مبذراً محجوراً عليه : لأنه لا يلي أمور نفسه ، فلا يلي أمور غيره .

---

(١) الدر المختار : ٤٠٦/٢ ، ٤٢٨ وما بعدها .

٣ ـ أن يكون متحد الدين مع القاصر، فلو كان الأب غير مسلم فلا يلي أمور ابنه المسلم.

ثالثاً ـ تصرفات الولي على المال:

تصرف الولي في مال القاصر مقيد بالمصلحة للمولى عليه، فلا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً كهبة شيء من مال المولى عليه أو التصدق به أو البيع والشراء بغبن فاحش، ويكون تصرفه باطلاً. وله مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والصدقة والوصية، وكذا التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والشركة والقسمة. ودليل هذا المبدأ قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾.

تصرفات الأب: الأب المبذر ليس له ولاية على مال القاصر، وعليه تسليم المال إلى وصي يختاره. فإن كان غير مبذر، فله الولاية على مال القاصر، وله في رأي الحنفية والمالكية بيع مال القاصر والشراء له، سواء أكان المال منقولاً أم عقاراً، ما دام العقد بمثل الثمن أو بغبن يسير: وهو ما يتغابن فيه عادة. ولا ينفذ على القاصر البيع أو الشراء بغبن فاحش: وهو ما لا يتغابن فيه الناس عادة. لكن المفتى به لدى الحنفية أن الشراء ينفذ على الولي، لإمكان نفاذه عليه، بعكس البيع فلا ينفذ؛ لأن فيه ضرراً ظاهراً على المولى عليه.

وله أن يبيع مال نفسه لولده الصغير ونحوه، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل الثمن أو بغبن يسير، ويتولى الأب طرفي العقد، وتكون عبارته قائمة مقام الإيجاب والقبول، استثناء من مبدأ تعدد العاقد في العقود المالية، نظراً لوفور شفقة الأب على ولده.

وليس للأب أن يتبرع بشيء من مال الصغير ونحوه؛ لأن التبرع تصرف ضار ضرراً محضاً، فلا يملكه الولي ولو كان أباً.

وليس لـه أيضـاً أن يقرض مـال الصغير للغير، ولا أن يقترض لنفســه؛ لمـا في إقراضه من تعطيل استثمار المال.

ويجـوز لـلأب في رأي أبي حنيفـة ومحمـد أن يرهن شيئـاً من مـال ولـده في دين نفسه، قياساً على ماله من إيداع مال ولـده. ولا يجوز هـذا الرهن في رأي أبي يوسف وزفر؛ لأن في الرهن تعطيلاً لمنفعة المال، إذ يبقى محبوساً إلى سداد الدين.

حكم القانون: منع القانون المصري رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ في المـادة الخـامسـة منه تبرع الولي بشيء من مال القاصر، إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي بـإذن المحكمـة. وهذا الاستثناء مخالف لرأي الفقهاء. ومنعت المادة السـادسـة منـه التصرف في عقـار القاصر ببيع أو إجارة لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجـة الرابعـة إلا إذا أذنت المحكمة بذلك، رعاية لمصلحة الصغير. ومنعت هذه المادة أيضاً أخذاً برأي أبي يوسف وزفر رهن مال الصغير في دين على الولي نفســه؛ لأن الرهن يفضي غـالبـاً إلى استيفاء الدين من مال المرهون.

ومنعت المادة السابعـة الأب من التصرف في عقـار القـاصر أو محلـه التجـاري أو أوراقه المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة، رعايـة لمصـالح المولى عليه.

ومنعت المادة التاسعة الولي من إقراض مال القاصر واقتراضه إلا بإذن المحكمة، كما منعته المادة العاشرة من إيجار عقار القاصر لمـدة تتجـاوز بلوغـه سن الرشـد إلا بـإذن المحكمة. وكذلك منعته المـادة الحـاديـة عشرة من الاستمرار في تجـارة آلت للقـاصر إلا بإذن المحكمة وفي حدود هذا الإذن. وهذا من قبيل الاحتياط لمصلحة القاصر.

وأجازت المادة الرابعة عشرة للأب وحـده أن يتعـاقـد مع نفســه بـالنيـابـة عن القاصر، سواء أكان ذلك لحسابـه هو أم لحســاب شخص آخر إلا إذا نص القـانون على غير ذلك.

ونصت المادة الثالثة على أنه «لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك».

وتتفق هذه الأحكام غالباً مع المقرر في القانون السوري، فنصت المادة (٢/١٧٢) على أنه: «لا ينزع مال القاصر من يد الأب أو الجد العصبي ما لم تثبت خيانته أو سوء تصرفاته فيه، وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً، ولا يبيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ» وهذا من قبيل الاحتياط في صيانة مال القاصر؛ لأن الضرر في بيع عقاره أكثر من الضرر في بيع ماله المنقول غالباً.

ونصت المادة (١٧١) على مضمون المادة الثالثة في القانون المصري: «إذا اشترط المتبرع بمال للقاصر عدم تصرف وليه به، تعين المحكمة وصياً خاصاً على هذا المال».

ونصت المادة (١٧٣) على أحوال نزع الولاية المالية من الأب والجد أو الحد منها: «إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر، أو خيف عليها منه، فللمحكمة أن تنزع ولايته أو تحد منها، ويجوز للقاضي أن يعهد إلى حاضنة القاصر ببعض أعمال الولي الشرعي المالية إذا تحقق له أن مصلحة القاصر تقضي بذلك، وبعد سماع أقوال الولي».

وخصصت المادة (١٧٤) لأحوال إيقاف الولاية: «تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقوداً، أو حجر عليه أو اعتقل، وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع، ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر».

الولي الخاص: ونصت المادة (١٧٥) على حالة تعيين ولي خاص: «تعين المحكمة ولياً خاصاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه، أو عند تعارض مصالح القاصرين بعضها مع بعض».

رابعاً ـ شروط الوصي المختار ـ وصي الأب وتصرفاته :

الوصي نوعان :

١ً ـ الوصي المختار : هو الذي يعينه الأب أو الجد للإشراف على أموال أولاده أو أحفاده .

٢ً ـ وصي القاضي : هو الذي يعينه القاضي للإشراف على التركة والأولاد .

وشروط الوصي أربعة :

أ ـ البلوغ : وهو شرط في سائر التصرفات ، فلا تثبت الولاية للصبي ؛ لأنه قاصر النظر لا يهتدي إلى وجوه المصلحة أو المنفعة .

٢ً ـ العقل : وهو شرط أيضاً في سائر التصرفات ، فلا تثبت الولاية للمجنون ونحوه ؛ لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف في حق نفسه ، فلا يلي شؤون غيره .

أما اشتراط الفقهاء الحرية فلم يعد له معنى اليوم لإلغاء الرق .

٣ً ـ الإسلام في حق المولى عليه المسلم : فلا ولاية لكافر على مسلم : لأن الإيصاء كالولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم .

٤ً ـ العدالة : فلا ولاية لفاسق ؛ لأن الإشراف على مصالح الغير يتطلب استقامة ونزاهة وورعاً . والعدالة : اجتناب المعاصي الكبائر كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة ، وعدم الإصرار على الصغائر كإدمان التلصص على النساء . فإذا فقد شرط من هذه الشروط ، صح الإيصاء عند الحنفية على المعتمد ، ويعزله القاضي ويعين غيره .

ويصح الإيصاء للمرأة في رأي أكثرية العلماء ؛ لأن عمر رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين ، ولأنه تصح شهادتها وتصرفاتها المالية كالرجل ، فتجوز وصايتها .

ويصح الإيصاء للأعمى في رأي الجمهور؛ لأنه خبير يحسن التصرف كالمبصر، ولأنه تصح شهادته وولايته في الزواج وعلى أولاده الصغار، فصح الإيصاء إليه.

حكم القانون : نصت المادة (٢٧) من القانون المصري رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على شروط الوصي ومن ليس أهلاً للوصاية، وهو نص المادة (١٧٨) من القانون السوري الآتية :

١ - يجب أن يكون الوصي عدلاً، قادراً على القيام بالوصاية، ذا أهلية كاملة، وأن يكون من ملة القاصر.

٢ - لا يجوز أن يكون وصياً :

أ - المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب - المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره.

جـ - من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية.

د - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.

وهذا تفصيل مترتب على ما اشترطه الفقهاء.

الوصي المؤقت : نصت المادة (١٧٩) على حالة تعيين وصي مؤقت تشبه حالة تعيين ولي خاص في المادة (١٧٥) السابقة، ونصها هو ما يأتي :

ينصب القاضي وصياً خاصاً مؤقتاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه، أو من يمثلهم الوصي، إن لم يبلغ هذا

التعارض النزاع المنصوص عليه في المادة السابقة (أي المادة ١٧٨).

ونصت المادة (١٨٨) على حالة أخرى لتعيين وصي مؤقت:

١ ـ إذا رأت المحكمة كفَّ يد الوصي، عينت وصياً مؤقتاً لإدارة أموال القاصر إلى حين زوال سبب الكف أو تعيين وصي جديد.

٢ ـ تسري على الوصي المؤقت أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون.

وأما تصرفات الوصي المختار، فهي ما يأتي:

يملك وصي الأب أو الجد ما يملكه الأب إلا فيما يأتي بسبب عدم توافر الشفقة الكائنة عند الأب:

١ً ـ بيع العقار: لا يملك الوصي المختار بيع عقار القاصر إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي، كأن يكون بيع العقار خيراً للصغير، وذلك فيما يأتي:

أ ـ بيع العقار بضعف قيمته فأكثر، فيستطيع الوصي شراء عقار أنفع مما باعه.
ب ـ أن تزيد ضريبة العقار ومصاريفه على غلاته.
جـ ـ أن يتعين بيع العقار لصرف ثمنه في نفقة القاصر.

٢ً ـ بيع الوصي مال نفسه لليتيم أو شراء ماله لنفسه: لا يجوز للوصي المختار بيع ماله للقاصر أو شراء مال القاصر لنفسه إلا إذا كان في البيع والشراء منفعة ظاهرة. وتتحقق هذه المنفعة في رأي أبي حنيفة بأن يبيع العقار للقاصر بنصف القيمة، ويشتري منه العقار بضعف قيمته. وفي غير العقار: أن يبيع له ما يساوي ١٥ بعشرة، ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر.

وقال الصاحبان والأئمة الآخرون: لا يجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الصغير مطلقاً.

وأما في القانون: فقد نصت المادة (٣٨) من القانون المصري رقم (١١٩)

لسنة ١٩٥٢ على منع الوصي من التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة. وهذا نفس المقرر بالنسبة للأب. ونصت المادة (١٨٠) سوري على أن: تبرع الوصي من مال القاصر باطل. ومنعت المادة (٣٩) مصري و(١٨٢) سوري من طائفة من التصرفات إلا بإذن المحكمة وهي ما يأتي على الترتيب في القانون السوري:

أ ـ التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني.

ب ـ تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه.

جـ ـ استثمار الأموال وتصفيتها واقتراض المال للقاصر.

د ـ إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية أو أكثر من سنة في المباني.

هـ ـ إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد.

و ـ قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها.

ز ـ الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة محكوماً بها حكماً مبرماً.

ح ـ الصلح والتحكيم.

ط ـ الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم مبرم.

ى ـ رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيره ضرر للقاصر أو ضياع حق له.

ك ـ التنازل عن الدعاوى و إسقاط حقه في طرق المراجعة القانونية.

ل ـ التعاقد مع المحامين للخصومة عن القاصر.

م ـ تبديل التأمينات أو تعديلها .

ن ـ استئجار أموال القاصر أو إيجارها لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه .

ص ـ ما يصرف في تزويج القاصر.

ع ـ إصلاح عقار القاصر وترميمه وتبديل معالمه أو إنشاء بناء عليه أو هدمه أو غرس أغراس ونحو ذلك ، ويتضمن الإذن في هذه الحالة تحديد مدى التصرف وخطة العمل .

ونصت المادة ١٨١ على أن إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء لا ينفذ إلا بتصديق القاضي .

وهذه القيود لا مانع منها شرعاً ؛ لأن المقصود منها رعاية مصلحة القاصر والمحافظة على ماله ، وهو ما يريده الفقهاء .

خامساً ـ القاضي ووصيه وتصرفاته :

إذا لم يوجد أب ولا جد ولا وصيهما ، انتقلت الولاية للقاضي ، لما له من الولاية العامة ، فله أن يتصرف بنفسه في أموال القاصر بما فيه المصلحة . لكن العمل جرى على أن القاضي لا يشرف بنفسه على أموال الصغار، بل يعين وصياً من قبله يسمى « وصي القاضي » أو « الوصي المعين » .

ويتصرف وصي القاضي كما يتصرف الوصي المختار، يتصرف في كل ما كان نافعاً للقاصر، ويعمل على حفظ ماله وتنميته ، ويختلف عن الوصي المختار في حالات[1] :

---

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية للأستاذ مصطفى السباعي : ٦٢/٢ وما بعدها .

١ ـ ليس لوصي القاضي أن يشتري شيئاً لنفسه من مال القاصر ولا أن يبيع شيئاً . أما الوصي المختار فله ذلك إذا كان في تصرفه منفعة ظاهرة للقاصر، كما تقدم .

٢ ـ وصي القاضي يقبل التخصيص ، أما الوصي المختار فلا يقبل التخصيص على رأي أبي حنيفة .

٣ ـ ليس لوصي القاضي أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته للوصي كأبيه أو ابنه ، ولا أن يشتري منه شيئاً للقاصر، أما الوصي المختار فله أن يفعل ذلك .

٤ ـ للقاضي سؤال وصيه عن مقدار التركة ، وليس للوصي المختار ذلك .

٥ ـ إذا أوصى وصي القاضي لآخر على تركته ، لم يكن وصياً على التركتين ، بخلاف الوصي المختار.

ليس لوصي القاضي الموكل بالخصومة في عقار القاصر قبضة إلا بإذن من القاضي ، أو بتوكيل سابق فيه . أما الوصي المختار فيملك القبض من غير إذن .

٧ ـ ليس لوصي القاضي إيجار القاصر، أما الوصي المختار فله ذلك .

حكم القانون : لم يفرق القانون المصري والسوري بين الوصي المختار وبين وصي القاضي في كل الحالات . وأخضع تصرفات الوصي لإشراف المحكمة ، كما بينا .

سادساً ـ انتهاء الولاية والوصاية :

تنتهي الولاية على المال بزوال سببها وهو الصغر وبلوغه سن الرشد المالي . ويعرف الرشد عن طريق الاختبار والتجربة ، فإذا تبين بالتجربة رشده ، سلّمت إليه أمواله وزالت الولاية عنه .

أما القانون المصري والسوري فقد حددا للرشد سناً معينة ، وهي ٢١ سنة في مصر، و١٨ سنة في سورية . نصت المادة (١٨) من قانون الولاية على المال في مصر

على أنه تزول الولاية أو الوصاية على الصغير ببلوغه إحدى وعشرين سنة إلا إذا حكمت المحكمة قبل هذه السن باستمرار الولاية .

ونصت المادة (٤٧) على انتهاء الوصاية بأحد الأمور الآتية :

١ـ بلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه .

٢ـ عودة الولاية للولي ، وذلك إذا سلبت المحكمة الولاية من الولي وعينت وصياً على القاصر، ثم زال سبب سلب الولاية ، فأمرت المحكمة بإعادتها .

٣ـ عزل القاضي أو قبول استقالته ..

٤ـ فقد الوصي أهليته ، أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر، وذلك إذا صدر قرار من المحكمة بذلك إلا في حالة العته أو الجنون ، فإنه تسري أحكام القانون المدني .

وعلى الوصي إذا انتهت الوصاية أن يسلم خلال ثلاثين يوماً بعد انتهائها جميع أموال القاصر التي في عهدته .

وحددت المادة (٤٦) من القانون المدني السوري لسنة ١٩٤٩ سن الرشد بتمام ثماني عشرة سنة شمسية كاملة .

ونصت المادة (١٨٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي : تنتهي مهمة الوصي في الأحوال التالية :

أ ـ بموت القاصر.

ب ـ ببلوغه ثماني عشرة سنة إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغه هذه السن استمرار الوصاية عليه ، أو بلغها معتوهاً أو مجنوناً .

جـ ـ بعودة الولاية للأب أو للجد .

د ـ بانتهاء العمل الذي أقيم الوصي الخاص لمباشرته أو انقضاء المدة التي حـدد بها تعيين الوصي المؤقت .

هـ ـ بقبول استقالته .

و ـ بزوال أهليته .

ز ـ بفقده .

ح ـ بعزله .

ونصت المادة (١٩١) على ما يلي كما هو المقرر في القانون المصري :

١ ـ على الوصي الذي انتهت وصايته أن يسلم في خلال ثلاثين يوماً من انتهـائها الأموال التي في عهدته ، ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستنـدات إلى من يخلفـه ، أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد ، أو إلى ورثته إن توفي . وعليه أيضـاً أن يقـدم صورة عن الحساب إلى المحكمة ، وإلى الناظر إن وجد .

٢ ـ إذا توفي الوصي أو حجر عليـه أو فقـد ، فعلى ورثتـه أو من يمثلـه تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب .

٣ ـ يباشر مدير الأيتام صلاحية الوصي بمـا يحقق مصلحـة القـاصر، إلى أن يعين الوصي الخلف للوصي الذي انتهت وصايته لأي سبب كان .

الفصل الخامس

النفقات

« نفقة الزوجة والأقارب »

أوضحت في هذا الفصل نفقة الزوجة مع نفقة الأقارب، جمعاً لمسائل البحث، وتسهيلاً على الباحث. وقد تضمن تمهيداً يشمل مبادئ عامة عن النفقات، وأربعة مباحث:

الأول ـ نفقة الزوجة.

الثاني ـ نفقة الأولاد أو الفروع.

الثالث: نفقة الأصول، أو الآباء والأجداد والأمهات.

الرابع ـ نفقة الأقارب: الحواشي وذوي الأرحام.

علماً بأن واجب الإنفاق يشمل أيضاً كل ما يتبع الإنسان من الرقيق، والحيوان والنبات والزرع، والدور والأراضي، منعاً من الضياع والتلف، وإضاعة المال حرام. لكن كره الجمهور ترك الزرع والشجر بدون سقي وتعهد، والدور والأراضي بدون إصلاح وتعمير، إلا إذا كان ذلك وقفاً أو لقاصر أو مشتركاً فيجب الإنفاق عليه.

أما نفقة الحيوان: فيجب على المالك إطعام بهائمه ولو مرضت، وسقيها وريها، لقوله ﷺ: «عُذّبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً، لا هي

أطعمتها، ولا هي أرسلتها تـأكل حشـاش الأرض»[1] . ويحرم عليـه أن يحملهـا مـا لا تطيق ؛ لأن الشارع منع تكليف العبد مـا لا يطيق ، فوجب أن تكون البهيمـة مثلـه ، ولأن فيه تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه ، وإضراراً به[2] .

ويحرم أن يحلب من لبنها ما يضر بولدها ؛ لأنـه غـذاء للولـد ، فلا يجوز منعـه ، ولأن كفايته واجبة على مالكه . ويسن أن يقلم أظفـاره لئلا يؤذيهـا عنـد الحلب . كما يجب إبقاء شيء من العسل في الخلية بقدر حاجة النحل إذا لم يكفه غيره .

وإن امتنع المالك من الإنفاق على بهيمته ، أجبر عليه عند الجمهور قضاء وديانـة ، كما يجبر على نفقة زوجته . وإن لم يكن لـه مـال أكري عليـه إن أمكن كراؤه ، فـإن لم يمكن بيع عليه . وقال الحنفيـة : لا يجبر قضـاء على نفقـة البهـائم ، في ظـاهر الروايـة ، ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أي ديانة أن ينفق عليها . ولا يجبر أيضاً على نفقة الجمادات كالدور والعقار ولا يفتى أيضاً بالوجوب ، لكن يكره له تحريماً تضييع المال .

ويحرم وسم في الوجـه وضرب عليـه ؛ لأنـه ﷺ لعن من وسم أو ضرب الـوجـه ، ونهى عنه ، كما يحرم ضرب وجه الآدمي ، بل الحرمة أشـد ؛ لأنـه أعظم حرمـة . ويحرم على المالك التحريش بين الديكة أو الثيران أو غيرها ، لمـا فيـه من تعـذيبهـا . ويحرم عليه ـ كما بينا ـ تكليف الدابة ما لا تطيق من ثقل الحمل أو إدامة السير أو نحوهما .

ويحرم لعن الـدابـة ، لمـا روى أحمـد ومسلم عن عمران : «أنــه ﷺ كان في سفر ، فلعنت امرأة ناقة ، فقال : خذوا ما عليها ، ودعوها مكانهـا ملعونـة ، فكأني أراهـا الآن تمشي في الناس ، ما يَعْرِض لها أحد» ، ولهما من حديث أبي بَرْزة : «لا تصـاحبنـا نـاقـة عليها لعنة» وكذلك يحرم لعن الإنسان .

---

(١) متفق عليه عن ابن عمر مرفوعاً .

(٢) المهذب : ١٦٨/٢ ومـا بعدهـا ، كشاف القنـاع : ٥٧٣/٥ ومـا بعدهـا ، البـدائع : ٤٠/٤ ، القوانين الفقهيـة : ص ٢٢٣ .

ولا يجوز قتل البهيمة ولا ذبحها للإراحة؛ لأنها مال ما دامت حية، وذبحها إتلاف لها، وقد نهي عن إتلاف المال، وكذلك يحرم قتل الآدمي المتألم بالأمراض الصعبة أو المصلوب بنحو حديد؛ لأنه معصوم ما دام حياً. ويحسن قتل ما يباح قتله من الحيوانات المؤذية كالكلب العضوض.

مبادئ عامة في النفقات:

١ً ـ معنى النفقة وأسبابها: النفقة من الإنفاق: وهو الإخراج، ولا يستعمل إلا في الخير. وجمعها نفقات. وهي لغة: ما ينفقه الإنسان على عياله. وهي في الأصل: الدراهم من الأموال. وشرعاً هي كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكنى[1]، وعرفاً هي الطعام. والطعام: يشمل الخبز والأُدم والشرب. والكسوة: السترة والغطاء. والسكنى: تشمل البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء ودهن المصباح وآلة التنظيف والخدمة ونحوها بحسب العرف.

والنفقة قسمان[2]:

١ً ـ نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، لقوله ﷺ: «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول»[3] أي بمن تجب عليك نفقته.

٢ً ـ ونفقة تجب على الإنسان لغيره. وأسباب وجوبها ثلاثة: الزوجية، والقرابة، والمِلْك[4].

---

(١) الدر المختار: ٨٨٦/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٤٢٥/٣.

(٣) هذا مركب من حديثين، فالشق الأول رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي عن جابر بلفظ أن النبي ﷺ قال لرجل: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها ..» والشق الثاني رواه أحمد والدارقطني بإسناد صحيح (نيل الأوطار: ٣٢١/٦، ٣٢٤).

(٤) الدر المختار، ومغني المحتاج: المكان السابق.

٢ً- الحقوق الواجبة بالزوجية: وهي سبعة[١]:

الطعام، والإدام، والكسوة، وآلة التنظيف، ومتاع البيت، والسكنى، وخادم إن كانت الزوجة ممن تخدم. وسنبين في المبحث الأول كل واجب من هذه الواجبات.

٣ً- القرابة الموجبة للنفقة:

للمذاهب آراء أربعة تتفاوت فيما بينها ضيقاً واتساعاً في تحديد مدى القرابة الموجبة للنفقة، فأضيقها مذهب المالكية، ثم الشافعية، ثم الحنفية، ثم الحنابلة[٢].

أ- مذهب المالكية: أن النفقة الواجبة هي للأبوين والأبناء مباشرة فحسب دون غيرهم، فتجب النفقة للأب والأم، وللولد ذكراً أو أنثى، ولا تجب للجد والجدة، ولا لولد الولد، لقوله تعالى: ﴿وبالوالدين إحساناً﴾ وقوله سبحانه: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾ وقوله ﷺ لمن جاء يشكو أباه الذي يريد أن يجتاح[٣] ماله: «أنت ومالك لوالدك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم، فكلوه هنيئاً»[٤].

ودليل وجوب نفقة الولد على أبيه: قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ وقوله سبحانه: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ وقوله ﷺ لهند زوجة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٥]. فالنفقة واجبة للوالد والولد فقط.

---

(١) مغني المحتاج: ٤٢٦/٣.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٢٢، المهذب: ١٥٦/٢، اللباب: ١٠٥/٣، المغني: ٥٨٢/٧ - ٥٨٦، فتح القدير: ٣٥٠/٣.

(٣) الاجتياح: الاستئصال، ومنه الجائحة للشدة المجتاحة للمال.

(٤) رواه أحمد وأبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه أحمد عن عائشة ورواه الخمسة وعائشة بدون الشق الأول، ورواه ابن ماجه عن جابر بلفظ: «أنت ومالك لأبيك» قال ابن رسلان: اللام للإباحة، لا للتمليك، فإن مال الولد له، وزكاته عليه، وهو موروث عنه (نيل الأوطار: ١١/٦ - ١٢).

(٥) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا الترمذي عن عائشة (نيل الأوطار: ٣٢٣/٦).

ب ـ مذهب الشافعية : أن القرابة التي تستحق بها النفقة قرابة الوالـدين وإن علوا ، وقرابة الأولاد وإن سفلوا ، للآيات والأحـاديث السـابقـة ؛ لأن اسم الوالـدين يقع على الأجداد والجدات مع الآباء ، لقولـه تعـالى : ﴿ ملـة أبيكم إبراهيم ﴾ فسمى الله تعالى إبراهيم أباً وهو جـد ، ولأن الجـد كالأب ، والجـدة كالأم في أحكام الولادة من رد الشهادة وإيجاب النفقة وغيرهما . واسم الولـد يقع على ولـد الولـد ، لقولـه عز وجل : ﴿ يا بني آدم ﴾ .

ولا تجب نفقـة من عـدا الوالـدين والمولـودين من الأقـارب كالإخـوة والأعمـام وغيرهـا ؛ لأن الشرع ورد بـإيجـاب نفقـة الوالـدين والمولودين ، وأمـا من سواهم فـلا يلحق بهم في الولادة وأحكام الولادة ، فلم يلحق بهم في وجوب النفقة . فالنفقة واجبـة للأصول والفروع فقط .

جـ ـ مذهب الحنفية : تجب النفقة للقرابة المحرمـة للزواج ، أي لكل ذي رحم محرم ، ولا تجب لقريب غير محرم من الإنسـان ، لقـولـه تعـالى : ﴿ واعبـدوا الله ، ولا تشركوا به شيئاً ، وبـالوالـدين إحسـانـاً ، وبـذي القربى ﴾ وقولـه تعـالى : ﴿ وآت ذا القربى حقــه ﴾ ومــا روي عن بَهْـز بن حكيم عن أبيــه عن جــده ، قــال : قلت : يا رسول الله ، من أبرُّ ؟ قال : أمَّك ، قال :قلت : ثم من ؟ قـال : أمَّـك ، قـال : «قلت : يـا رسـول الله ، ثم من ؟ قـال : أمَّـك ، قـال : قلت : ثم من ؟ قـال : أبـاك ، ثم الأقرب فـالأقرب »[1] العبـارة الأخيرة دليل على وجوب نفقـة الأقـارب على الأقـارب ، سواء أكانوا وارثين أم لا .

لكن قيد الحنفية القرابة بالمحرمية في قوله تعـالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلـك ﴾ عملاً بما جاء في قراءة ابن مسعود : ﴿ وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ﴾ ولأن

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي (نيل الأوطار : ٣٢٧/٦) .

صلة القرابة القريبة واجبة دون البعيدة. فالنفقة واجبة للأصول والفروع والحواشي ذوي الأرحام.

د- مذهب الحنابلة: تجب النفقة لكل قريب وارث بالفرض أو التعصيب من الأصول والفروع والحواشي كالإخوة والأعمام وأبنائهم، وكذا من ذوي الأرحام إذا كانوا من عمود النسب كأب الأم، وابن البنت، سواء أكانوا وارثين أم محجوبين. أما من كان من غير عمود النسب كالخالة والعمة، فلا نفقة له على قريبه؛ لأن قرابتهم ضعيفة، وإنما يأخذون المال عند عدم الوارث كسائر المسلمين.

فهم لم يشترطوا المحرمية كما اشترطها الحنفية، فيستحق ابن العم النفقة على ابن عمه؛ لأنه وارث، ولا يستحقها عند الحنفية؛ لأنه غير محرم.

ودليلهم قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال المورث من سائر الناس، فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم، فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة، لم تجب عليه النفقة لذلك.

يظهر من هذه المذاهب أن الفقهاء أجمعوا على وجوب النفقة للآباء والأمهات والأولاد والزوجات في حالة العجز والإعسار، وكان المنفق موسراً. فإن كان الأب معسراً والأم موسرة، تؤمر بالإنفاق، وتكون النفقة ديناً على الأب[1].

وقال ابن حزم الظاهري[2]: إن عجز الزوج عن نفقة نفسه، وامرأته غنية، كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء مما أنفقته إن أيسر، لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها، لا تضارّ والدة بولدها، ولا مولود له بولده، وعلى الوارث مثل ذلك﴾ قال علي رضي الله عنه: الزوجة وارثة، فعليها نفقته بنص القرآن.

---

(١) الدر المختار: ٩٢٥/٢.

(٢) المحلى: ١١٤/١٠، مسألة ١٩٣٠.

٤ ـ مبدأ كفاية النفقة للقريب والزوجة :

اتفق الفقهاء[١] على أن نفقة الأقارب والزوجات تجب بقدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة على حسب حال المنفق وبقدر العادة أو عوائد البلاد ؛ لأنها وجبت للحاجة ، والحاجة تندفع بالكفاية ، كنفقة الزوجة ، وقد قال النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية . فإن احتاج القريب أو الزوجة إلى خادم فعلى المنفق إخدامه ؛ لأنه من تمام كفايته .

٥ ـ شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب الإنفاق على القريب ثلاثة شروط[٢] :

أولاً ـ أن يكون القريب فقيراً لا مال له ولا قدرة له على الكسب لعدم البلوغ أوالكبر أو الجنون أو الزمانة المرضية ، ويستثنى الأبوان فتجب لهما النفقة ولو مع القدرة على الكسب بالصحة والقوة . فإن كان القريب موسراً بمال أو كسب يستغني به غير الوالدين ، فلا نفقة له ؛ لأنها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عن المواساة . والراجح عند المالكية أن النفقة للوالدين على الولد لا تجب إذا قدر على الكسب وتركاه .

ثانياً ـ أن يكون الملزم بالنفقة موسراً مالكاً نفقة فاضلة عن نفسه إما من ماله وإما من كسبه ، فيلزم القادر على التكسب أن يعمل للإنفاق على قريبه الفقير . ويستثنى الأب ، فنفقة أولاده واجبة عليه ولو كان معسراً . وكذلك الزوج ، فنفقة

---

(١) البدائع : ٣٦/٤ ، ٣٨ ، حاشية ابن عابدين : ٩٢٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ ، المهذب : ١٦٧/٢ ، مغني المحتاج : ٤٤٨/٣ ، المغني : ٥٩٥/٧ .

(٢) فتح القدير : ٣٤٧/٣ ، الدر المختار : ٩٢٣/٢ ـ ٩٢٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٢ ، المهذب : ١٦٦/٢ ،المغني : ٥٨٤/٧ ، ٥٨٦ ، ٥٨٩ ، مغني المحتاج : ٤٤٦/٣ ـ ٤٤٨ ، كشاف القناع : ٥٥٨/٥ ـ ٦٦٠ ، الشرح الصغير : ٧٥٠/٢ وما بعدها .

زوجته واجبة عليه ولو كان معسراً. وقال المالكية: لا يجب على الولد المعسر تكسب لينفق على والديه ولو قدر على التكسب.

ودليل اشتراط هذا الشرط حديث: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» وحديث جابر المتقدم: «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن فضل فعلى عياله، فإن كان فضل فعلى قرابته» وحديث أبي هريرة عند أبي داود وغيره: «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، عندي دينار؟ قال: تصدق به على نفسك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: تصدق به على زوجتك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: تصدق به على ولدك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: تصدق به على خادمك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: أنت أبصر به»[1].

ثالثاً- أن يكون المنفق قريباً للمنفق عليه ذا رحم محرم منه، مستحقاً للإرث منه في مذهب الحنفية. أما في رأي الحنابلة فيشترط أن يكون المنفق وارثاً لقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾. وأما عند المالكية فأن يكون أباً أو ابناً، وعند الشافعية أن يكون من الأصول أو الفروع، كما بينا في بحث المبدأ الثالث.

شرط اتحاد الدين:

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة مع اختلاف الدين ما لم تكن ناشزة أو مرتدة، واختلفوا في شرط اتحاد الدين للإنفاق على القريب[2]:

فلم يشترط المالكية والشافعية اتفاق الدين في وجوب النفقة، بل ينفق المسلم على الكافر، والكافر على المسلم، لعموم الأدلة الموجبة للنفقة، وقياساً على نفقة

---

(١) انظر الأحاديث في نيل الأوطار: ٣٢١/٦.

(٢) البدائع: ٣٦/٤، الكتاب مع اللباب: ١٠٤/٣ وما بعدها، فتح القدير: ٣٤٧/٣ وما بعدها، ٣٥٢، القوانين الفقهية: ص ٢٢٣، مغني المحتاج: ٤٤٧/٣، المهذب: ١٦٠/٢ وما بعدها، المغني: ٥٨٥/٧.

الـزوجـة ، ولـوجـود المـوجب وهـو البعضيـة أي كـون القريب بعضـاً من قريبـه . وللحنابلة روايتان :

إحداهما ـ تجب النفقة مع اختلاف الدين كالرأي المتقدم .

والثانية وهي المعتمدة ـ لا تجب النفقة مع اختلاف الدين ؛ لأنها مواساة على البر والصلة ولعدم الإرث ، وتفارق نفقة الزوجات ؛ لأنها عوض يجب مع الإعسار، فلم يمنعها اختلاف الدين كالصداق والأجرة .

ولم يشترط الحنفية اتحاد الدين في نفقة الأصول (وهم الآباء والأجداد وإن علوا) ونفقة الفروع (وهم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا) ونفقة الزوجة ، واشترطوا اتحاد الدين في غير هذه الفئات الثلاث ، لعدم أهلية الإرث بين المسلم وغير المسلم .

فعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء ، وإن خالفوه في دينه ، أما الأبوان فلقوله تعالى : ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله تعالى ، ويترك والديه يموتان جوعاً . وأما الأجداد والجدات ، فلأنهم من الآباء والأمهات ، فيقوم الجد مقام الأب عند عدمه .

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات ، والولد وولد الولد ؛ لأن نفقة الزوجة واجبة في مقابلة الاحتباس ، وأما غيرها من نفقة الأصول والفروع فلثبوت الجزئية بين المنفق والمنفق عليه ، وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفر لا تمتنع نفقة جزئه ، إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم ، ولو كانوا مستأمنين ؛ لأنا نهينا عن برّ من يقاتلنا في الدين .

والخلاصة : أن مذهب الحنفية المعتدل أوجب النفقة للأصول والفروع دون غيرهم من الأقرباء بسبب الجزئية وهي لا تختلف باختلاف الدين . ولا تجب لغيرهم مع اختلاف الدين ، لعدم وجود الإرث بين الأقارب حينئذ .

حد اليسار والإعسار:

تجب النفقة على الموسر لقريبه، واليسار عند الحنفية على الأرجح المفتى به[1]: هو يسار الفطرة: وهو أن يملك ما يحرم عليه به أخذ الزكاة وهو نصاب ولو غير نام، فاضل عن حوائجه الأصلية. ونصاب الزكاة هو عشرون مثقالاً أو ديناراً من الذهب، أو مائتا درهم من الفضة. فمن وجبت عليه الزكاة بملك نصابها وجب عليه الإنفاق على قريبه بشرط أن يكون المال فاضلاً عن نفقته ونفقة عائلته وحوائجه الضرورية.

وأطلق الجمهور[2] غير الحنفية القول بأنه يجب الإنفاق على القريب بفاضل عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته التي تليه، سواء أفَضَل ذلك بكسب أم لا. وهذا هو قول محمد بن الحسن واختاره الكمال بن الهمام وغيره من الحنفية، وهو الأولى مراعاة لدخل الموظفين والحرفيين، فمن اكتسب شيئاً في يومه، وأنفق منه ما يحتاجه في يومه، وزاد عنه شيء، وجب أن يدفعه للقريب المعسر.

وأما حد الإعسار أو المعسر الذي يستحق النفقة، ففيه رأيان[3]:

الأول ـ هو الذي يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة.

والثاني ـ إنه هو المحتاج. والمعسر في عبارة غير الحنفية: هو الفقير الذي لا مال له، والرأيان متقاربان.

واختلف الحنفية[4] فيمن يملك منزلاً أو له خادم، هل يستحق النفقة على قريبه الموسر على روايتين:

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٩٣١/٢، البدائع: ٣٥/٤.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٧٥٠/٢، مغني المحتاج: ٤٤٧/٣، المغني: ٥٨٤/٧.

(٣) البدائع: ٣٤/٤، القوانين الفقهية: ص ٢٢٢، مغني المحتاج: ٤٤٨/٣، كشاف القناع: ٥٥٩/٥.

(٤) البدائع: ٣٤/٤.

الأولى ـ إنه لا يستحق النفقة على قريبه الموسر؛ لأن النفقة لا تجب لغير المحتاج، ومثل هؤلاء غير محتاجين؛ لأنه يمكنه بيع بعض المنزل أو كله، ويكتري منزلاً، فيسكن بالكراء، أو يبيع الخادم إذا كان رقيقاً كما كان في الماضي.

والثانية ـ إنه يستحق؛ لأن بيع المنزل لا يقع إلا نادراً، ولا يمكن لكل أحد السكنى بالكراءأو بالمنزل المشترك. قال الكاساني: وهذا هو الصواب.

العجز عن الكسب والقدرة عليه:

اتفق الفقهاء[1] على وجوب النفقة لقريب فقير عاجز عن الكسب، والعجز عن الكسب: ألا يستطيع الإنسان اكتساب معيشته بالوسائل المشروعة المعتادة اللائقة به، وله صفات هي:

أن يكون أنثى مطلقاً أو مريضاً زَمِناً[2]، أو صغيراً، أو مجنوناً أو معتوهاً، أو مصاباً بآفة تحول دون العمل كالعمى والشلل، أو عاطلاً عن العمل فلا يجد عملاً بسبب انتشار البطالة.

فإن كان قادراً على الكسب، فلا نفقة له بالاتفاق؛ لأن القدرة على الكسب غنى، لكن باستثناء الأبوين، فتجب لهما النفقة في رأي الحنفية والشافعية مع القدرة على الكسب؛ لأن الفرع مأمور بمعاشرة أصله بالمعروف، وليس منها تكليفه الكسب مع كبر السن، كما يجب له الإعفاف (تزويج الأب) ويمتنع القصاص منه. والراجح لدى المالكية والحنابلة أن النفقة لا تجب على الولد لوالديه إذا قدرا على الكسب وتركاه.

---

(١) الدر المختار: ٩٢٣/٢ ـ ٩٢٥، ٩٣٨ وما بعدها، فتح القدير: ٣٤٧/٣ وما بعدها، اللباب: ١٠٤/٣، الشرح الصغير: ٧٥١/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٢٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤٤٣/٣، ٤٤٨، المغني: ٥٨٤/٧، ٥٨٦، كشاف القناع: ٥٥٩/٥، بجيرمي الخطيب: ٦٧/٤.

(٢) الزمن: هو المريض بمرض يدوم زماناً طويلاً.

ويجب في رأي الجمهور على الزوج لزوجته، وعلى الإنسان لقريبه التكسب ليؤدي النفقة الواجبة عليه؛ لأن القدرة على الكسب كالقدرة على المال، إذا وجد عملاً مباحاً يليق به، ولخبر: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت»[1]، وينبني عليه أنه يحرم عليه الزكاة إذا كان قادراً على الكسب، ولأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب، فكذا يلزمه إحياء بعضه وهو القريب.

وقال المالكية: لا يجب على الولد المعسر تكسب لينفق على والديه، ولو قدر على التكسب. ويجبر الوالدان على الكسب إذا قدرا عليه، على الأرجح.

واستثنى الحنفية والشافعية أيضاً: طلبة العلم الذين لا يتفرغون للكسب، فتجب نفقتهم ولو مع القدرة على الكسب؛ لأن طلب العلم فريضة كفائية، والتفرغ له شرط، فلو ألزم طلبة العلم بالاكتساب لتعطلت مصالح الأمة. واستثنى الحنفية الأخرق: وهو الذي لا يحسن الكسب، وهو في الحقيقة ملحق بالعاجز عن العمل.

واستثنى الحنفية كذلك أبناء الكرام الذين يلحقهم العار بالتكسب، أو لا يستأجرهم الناس عادة، فهم عاجزون، فتجب نفقتهم ولو مع القدرة على الكسب.

والخلاصة: أن النفقة لا تجب لذي مال إلا للزوجة، ولا للقادر على الكسب الذي يكفيه ما عدا الأب.

٦ـ النفقة بسبب الحاجة:

لا تجب النفقة على الغير إلا بسبب الحاجة، فمن كان ذا مال فنفقته في ماله، سواء أكان صغيراً أم كبيراً، إلا الزوجة فإن نفقتها تجب على الزوج ولو كانت موسرة؛ لأن نفقتها لم تجب للحاجة، وإنما بسبب احتباسها لحق الزوج.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم والبيهقي عن عبد الله بن عمرو، وهو صحيح.

٧ـ استقلال الأب بنفقة أولاده :

لا يشارك الأبَ أحد في الإنفاق على أولاده ، كما لا يشاركه أحد في نفقة الزوجة ؛ لأنهم جزء منه ، وإحياؤهم واجب كإحياء نفسه ، ولأن نسبهم لاحق به ، فيكون عليه غرم النفقة ، ولقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ وقال النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فجعل النفقة على أبيهم دونها[١] .

٨ـ استقلال الولد بنفقة أبويه :

لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد ؛ لأنه أقرب الناس إليهما[٢] . فإن تعدد الأولاد الموسرون ، وزعت النفقة في رأي المالكية على الراجح بقدر اليسار حيث تفاوتوا فيه . وقيل : توزع على حسب الرؤوس فالذكر كالأنثى ، وقيل : توزع بحسب قواعد الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة : توزع النفقة على قدر الميراث ، فلو كان الرجل مريضاً زمناً وله أولاد ، فعليهم نفقة أبيهم على قدر ميراثهم ، لقوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ وترتيب الحكم على مشتق وهو اسم الفاعل هنا ، يدل على أن المشتق منه علة الحكم ، فيثبت الحكم بقدر علته[٣] . ونص الحنابلة على أن الحجب عن الميراث في عمودي النسب لا يسقط النفقة عنه .

---

(١) المغني : ٥٨٧/٧ ، الدر المختار : ٩٢٦/٢ .

(٢) اللباب : ١٠٥/٣ ، فتح القدير : ٣٤٣/٣ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٩٢٧/٢ .

(٣) الشرح الصغير : ٧٥٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ ، فتح القدير : ٣٤٨/٣وما بعدها ، ٣٥١ ، مغني المحتاج : ٢١١/٣ ، المغني : ٥٨٩/٧ ، ٥٩٢ .

٩ـ هل الإعفاف أو التزويج من النفقة الواجبة ؟

يرى جمهور الفقهاء وفي رواية عند الحنفية[1] : أن الولد يلزمه تزويج أو إعفاف أبيه المعسر ولو كان كافراً معصوماً ، وكذا على المشهور عند الشافعية وعند الحنابلة والحنفية إعفاف الأجداد من الجهتين جهة الأب وجهة الأم ؛ لأنه من وجوه حاجاتهم المهمة كالنفقة والسكنى ، ولئلا يعرضهم للزنا المفضي إلى الهلاك ، وهو لا يليق بحرمة الأبوة ، وليس من المصاحبة بالمعروف المأمور بها ، فالزواج مما تدعو الحاجة إليه ويتضرر الأب بفقده ، فلزم ابنه تزويجه كالنفقة . والرواية الراجحة عند الحنفية عدم وجوب إعفاف الأب ؛ لأنه من الكماليات .

وإذا اجتمع أب وجد أو جدان ، ولم يمكن الولد إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب ، ويقدم الجد من جهة الأب على الجد من جهة الأم ؛ لأن الأول عصبة ، والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب ، فيقدم في الإنفاق والاستحقاق .

ولا يلزم الأب في المذهبين الحنفي والشافعي في تزويج ابنه الفقير . وأوجب الحنابلة على الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجاً إلى إعفافه ؛ لأنه تلزمه نفقته ، فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه ، كما يلزم الولد إعفاف أبيه . وكل من لزمه إعفافه ، لزمته نفقة زوجته ؛ لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بها .

والإعفاف : يكون بإعطاء مهر المثل ، ويكون تعيين الزوجة إلى الزوج ، ولا يجوز للولد أن يزوج أباه قبيحة ولا عجوزاً ؛ لأن الإعفاف لا يحصل بواحدة منهما .

وذكر الحنابلة أن الابن يلزمه إعفاف أم بتزويجها كالأب .

---

(١) الشرح الصغير : ٧٥٢/٢ ، مغني المحتاج : ٢١١/٣ ، المهذب: ١٦٧/٢ ، غاية المنتهى : ٢٤٤/٣ ، المغني : ٥٨٧/٧ - ٥٨٩ ، الدر المختار : ٩٢٧/٢ .

نفقة زوجة الأب :

يلزم الابن أيضاً نفقة زوجة أبيه في رأي الحنابلة والشافعية والمالكية وفي رواية عند الحنفية ، فكل من لزمه إعفافه ، لزمته نفقة زوجته ، كما تقدم .

وأما الرواية الأخرى عند الحنفية فلا تجب نفقة زوجة الأب إلا إذا كان الأب مريضاً أو به زمانة (أي مرض مزمن) ، قال في الذخيرة : المذهب عدم وجوب نفقة امرأة الأب[1] ، وهو المعمول به في مصر .

ولا يلزم الابن عند الحنفية نفقة أكثر من زوجة واحدة للأب ، وهو مذهب المالكية والحنابلة إن حصل الإعفاف بها و إلا تعددت النفقة لمن يعفه .

نفقة زوجة الابن :

المذهب عند الحنفية[2] : عدم وجوب النفقة على الأب لزوجة الابن ، ولو كان صغيراً أو كبيراً غائباً ، إلا إذا ضمنها ، ويستدين الأب على ابنه ، ثم يرجع عليه إذا أيسر .

وقال الحنابلة والشافعية كما تقدم : كل من لزمه إعفافه ، لزمته نفقة زوجته ؛ لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بها .

وأما المالكية فقالوا : إذا كان الزوج معسراً سقطت نفقة الزوجة عنه مادام معسراً .

---

(١) الشرح الصغير : ٧٥٢/٢ ، المغني : ٥٨٧/٧ ـ ٥٨٩ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٩٢٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٨٨٧/٢ ، ٩٢٧ وما بعدها .

١٠ـ هل تتوقف النفقة على القضاء ؟

قال الحنفية[1] : تجب نفقة الأصول والفروع من غير حاجة إلى قضاء القاضي ، إلا أنه إذا كان للصغير مال غائب وأراد الأب أن يرجع عليه ، فليس له الرجوع إلا بالقضاء أو بالإشهاد بأن يشهد أنه أنفق ليرجع عليه بعد أن نوى بقلبه ، فلو أنفق بغير إذن القاضي وبغير إشهاد فليس له الرجوع قضاء ، وله أن يرجع ديانة فيما بينه وبين الله تعالى .

وأما نفقة غير الأصول والفروع ، فلا تثبت إلا بالقضاء أو بالتراضي ، وسبب التفرقة بين الحالتين : أن نفقة الأصول والفروع تجب باتفاق الفقهاء ، فلا تحتاج في وجوبها إلى قضاء القاضي . أما نفقة الأقارب الآخرين ، فمختلف في وجوبها بين الفقهاء ، فتحتاج إلى ما يقويها وهو قضاء القاضي .

١١ـ سقوط النفقة :

النفقة إما للزوجة وإما للأقارب ، فمتى تسقط كل واحدة منها ؟

سقوط نفقة الزوجة : تسقط نفقة الزوجة في الحالات التالية[2] :

أ ـ مضي الزمان من غير فرض القاضي أو التراضي : فتسقط عند الحنفية بمضي المدة بعد الوجوب قبل صيرورتها ديناً في الذمة ، ولا تسقط بمضي المدة بعد القضاء بها ، وتصير ديناً . والحالات الأخرى تسقط فيها النفقة بعد صيرورتها ديناً في الذمة . وقال المالكية وباقي المذاهب : لا تسقط النفقة بمضي الزمان ، وترجع الزوجة على

---

(١) فتح القدير : ٣٣٨/٣ ، البدائع : ٢٢/٤ ، ٣٥ ، الدر المختار : ٩٠٦/٢ .

(٢) البدائع : ٢٢/٤ ، ٢٩ وما بعدها ، فتح القدير : ٣٣٢/٣ وما بعدها ، ٣٤٢ ، الدر المختار : ٨٨٩/٢ ـ ٨٩٢ ، ٨٩٩ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ ، الشرح الصغير : ٧٤٠/٢ ، بداية المجتهد : ٥٤/٢ ، مغني المحتاج : ٤٣٦/٣ ـ ٤٣٨ ، المهذب : ١٦٠/٢ ، المغني : ٥٧٨/٧ ، ٦٠٤ ، ٦١١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢٣٨/٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٤٨/٥ ـ ٥٥١ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٥١٧/٢ .

زوجها بالنفقة المتجمدة، وهذا بخلاف نفقة الأقارب، فإنها تسقط بمضي المدة؛ لأنه إذا مضى زمنها استغني عنها.

ب- الإبراء من النفقة الماضية: تسقط النفقة الماضية بالإبراء أو الهبة ويكون الإبراء إسقاطاً لدين واجب. ولكن قال الحنفية: لا يصح الإبراء أو الهبة عن النفقة المستقبلة؛ لأن نفقة الزوجة تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان، فكان الإبراء منها إسقاطاً لواجب قبل الوجوب، وقبل وجود سبب الوجوب أيضاً، وهو حق الاحتباس.

جـ- موت أحد الزوجين: لو مات الرجل قبل إعطاء النفقة، لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله. ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا نفقتها. فإن كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها، ثم مات قبل مضي الوقت الذي أسلفها عنه، لم ترجع ورثته عليها بشيء في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف. وكذا لو ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها في رأيهما.

د- النشوز: هو معصية المرأة لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له عقد الزواج. والنفقة تسقط بنشوز المرأة، ولو بمنع لمس بلا عذر بها، إلحاقاً لمقدمات الوطء بالوطء؛ لأن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع، فإذا امتنع فلا نفقة للناشز. وقال الحنفية: النفقة التي تسقط بالنشوز أو الموت هي النفقة المفروضة، لا المستدانة في الأصح.

فإن وجد عذر لوجود قروح قرب فرجها، أو التهابات حادة، فلا تسقط نفقتها. ومن الأعذار: مرض يضر معه الوطء، وعَبَالة زوج، أي كبر آلته بحيث لا تحتملها الزوجة.

أما خروج المرأة من بيت الزوج بلا إذنه، أو سفرها بلا إذنه، أو إحرامها بالحج بغير إذنه، فهو نشوز، إلا للضرورة أو العذر، كأن يشرف البيت على انهدام، أو تخرج لبيت أبيها لزيارة أوعيادة، فيعد خروجها عذراً، وليس نشوزاً.

وأما سفر المرأة بإذن الزوج : فقد فصل فيه الشافعية فقالوا : إن كان السفر مع الزوج أو لحاجته ، فلا تسقط نفقتها به ، وإن كان لحاجتها فتسقط في الأظهر.

ولا يعد نشوزاً عرفاً في رأي الشافعية خروج المرأة في غيبة زوجها لزيارة أقاربها أو جيرانها أو عيادتهم أو تعزيتهم ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأن خروجها لا على وجه النشوز.

وكذا قال الحنابلة : لا نفقة لمن سافرت بلا إذن زوج لحاجتها ، أو لنزهة ، أو لزيارة ولو بإذن الزوج ، أو لتغريب في حد أو تعزير ، أو لحبس ولو ظلماً ، أو صامت للكفارة أو قضاء رمضان ووقته متسع ، أو صامت أو حجت نفلاً أو نذراً معيناً في وقته بلا إذنه . ولا تسقط عندهم وعند المالكية لو أحرمت بحج فرض .

ووافق الحنفية الحنابلة في أن حبس المرأة ولو ظلماً يسقط النفقة ، إلا إذا حبسها الزوج بدين له ، فلها النفقة في الأصح . ووافق الحنفية الشافعية في أن الحج مع غير الزوج ولو فرضاً ، يسقط النفقة ، لفوات الاحتباس .

وقال المالكية : إن حبست ظلماً فلا يسقط حقها في النفقة ؛ لأن منعه من الاستمتاع ليس من جهتها .

وإن منعت المرأة نفسها عن الزوج بالصوم ، فإن كان بصوم تطوع ، فالصحيح لدى الشافعية أن نفقتها تسقط ؛ لأنها منعت التمكين التام بما ليس بواجب ، فسقطت نفقتها كالناشزة ، وإن منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته ، لم تسقط نفقتها ؛ لأن ما استحق بالشرع لا حقَّ للزوج في زمانه .

وإن منعت نفسها بصوم القضاء قبل أن يضيق وقته ، أو بصوم كفارة أو نذر في الذمة ، سقطت نفقتها ؛ لأنها منعت حقه ، وهو على الفور بما هو ليس فورياً . وكذا تسقط نفقتها بنذر معين بعد الزواج إن كان بغير إذن الزوج . والاعتكاف مثل الصوم : إن كان باعتكاف تطوع أو نذر في الذمة ، سقطت نفقتها .

وإن منعت المرأة نفسها بالصلاة: فإن كانت بالصلوات الخمس، أو السنن الراتبة، لم تسقط نفقتها؛ لأن ما ترتب بالشرع لا حق للزوج في زمانه. وإن كان بقضاء فوائت، سقطت نفقتها؛ لأنها على التراخي، وحقه على الفور.

وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها، ثم أطاعت وعدلت عن النشوز، والزوج حاضر، عادت نفقتها، لزوال المسقط لها، ووجود التمكين المقتضي لها. وإن كان الزوج غائباً، لم تعد نفقتها في رأي الشافعية والحنابلة، لعدم تحقق التسليم والتسلم، إذ لا يحصلان مع الغيبة. وقال الحنفية: تعود نفقتها بعد عدولها عن النشوز ولو في غيبة الزوج.

هـ- الردة: إذا ارتدت المرأة، سقطت نفقتها، لخروجها عن الإسلام، وامتناع الاستمتاع بسبب الردة. فإذا عادت إلى الإسلام، عادت نفقتها بمجرد عودها عند الشافعية والحنابلة. والفرق بين النشوز والردة: أن المرتدة سقطت نفقتها بالردة، وقد زالت بالإسلام، والناشزة سقطت نفقتها بالمنع من التمكين، وهو لا يزول بالعود إلى الطاعة، وإنما بالتمكين الفعلي، ولا يحصل المقصود في غيبة الزوج.

و- كل فُرْقة جاءت من قبل المرأة بمعصية، مثل ردتها أو إبائها الإسلام إذا أسلم الزوج وظلت وثنية أو مجوسية، أو تمكينها ابن الزوج من نفسها، ففي هذه الحالات تسقط نفقتها؛ لأنها منعت الاستمتاع بمعصية، فصارت كالناشزة، ويظل لها حق السكنى في بيت الزوجية؛ لأن القرار فيه حق عليها، فلا يسقط بمعصيتها.

فإن حدثت الفرقة بغير معصية كخيار البلوغ وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة، فلا تسقط نفقتها؛ لأنها حبست نفسها بحق لها أو بعذر عذرت شرعاً فيه.

ولا تسقط نفقتها بفرقة جاءت من قبل الزوج مطلقاً، سواء أكانت بغير معصية، مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنّته أو جبه، بعد الخلوة في رأي الحنفية، أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة

أشهر، أو إبائه الإسلام إذا أسلمت هي، أو ارتد هو، فعرض عليه الإسلام، فلم يسلم؛ لأن بمعصيته لا تُحرم زوجته النفقة.

والخلاصة: أن الحنفية قالوا: لا نفقة لإحدى عشرة امرأة[1]: وهي مرتدة، ومقبِّلة ابن الزوج، ومعتدة موت، ومنكوحة بنكاح فاسد أو في أثناء العدة منه، وموطوءة بشبهة، وصغيرة لا توطأ، وخارجة من بيت الزوج بغير حق وهي الناشزة، ومحبوسة ولو ظلماً، ومريضة لم تزف إلى بيت زوجها أي لا يمكنها الانتقال معه أصلاً وإن لم تمنع نفسها، لعدم التسليم تقديراً، ومغصوبة كرهاً وهي من أخذها رجل وذهب بها، وحاجَّة ولو فرضاً وحدها ولو مع محرم لا مع الزوج لفوات الاحتباس. فإن حجت مع الزوج وخرج معها لأجلها، فعليه نفقة الحضر فقط، لا نفقة السفر وأجوره، أما لو أخرجها معه فيلزمه جميع نفقات السفر.

وإذا فرضت النفقة على الزوج قضاء أو رضاء أصبحت ديناً صحيحاً ثابتاً في ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٩) من القانون السوري: «النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء».

سقوط نفقة الأقارب:

تسقط نفقة الأقارب للولد والوالدين وذوي الأرحام في رأي الحنفية والشافعية والحنابلة[2]، بمضي المدة، فإذا قضى القاضي بالنفقة للأقارب، فمضت مدة شهر فأكثر، فلم يقبض القريب ولا استدان عليه حتى مضت المدة، سقطت في رأي الحنفية. فمضي المدة يسقط النفقة إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة على المنفق المفروض عليه؛ لأن نفقة الأقرباء تجب سداً للحاجة، فلا تجب للموسرين، فإذا مضت المدة ولم يقبضها

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٨٨٩/٢ ـ ٨٩٢.

(٢) البدائع: ٣٨/٤، فتح القدير: ٣٥٤/٣، الكتاب مع اللباب: ١٠٩/٣، الدر المختار: ٩٢٥/٢، ٩٤٣ وما بعدها. المهذب: ١٦٧/٢.

المستحق ، دل على أنه غير محتاج إليها ، بخلاف نفقة الزوجة فإنها لا تسقط بمضي المدة بعد القضاء بها ؛ لأنها تجب جزاء الاحتباس ، لا للحاجة ، وتجب ولو كانت الزوجة موسرة . فإن أذن القاضي بالاستدانة على المفروض عليه ، لا تسقط ؛ لأنها تصير ديناً في ذمته ، فلا يسقط بمضي المدة .

واستثنى الزيلعي نفقة الصغير كالزوجة ، فإنها لا تسقط بمضي المدة ، وتكون ديناً في ذمة المحكوم عليه ، نظراً لعجز الصغير والرأفة به .

وقال المالكية[1] : تسقط نفقة الأبوين أو الأولاد بمرور الزمان إلا أن يفرضها القاضي ، فحينئذ تثبت .

ويلاحظ أن القريب المنفق عليه إذا اكتسب لم تعد النفقة واجبة على قريبه ، إلا إذا لم يكتسب ما يكفيه ، فحينئذ تكمل له النفقة .

والخلاصة : أن نفقة القريب فيما دون شهر ، ونفقة الزوجة ، والصغير لا تسقط بمضي الزمان ، وإنما تصير ديناً بالقضاء . وكذا لا تسقط نفقة القريب غير الزوجة إذا استدان بأمر القاضي .

١٢ـ جزاء الامتناع عن النفقة :

ذكر الحنفية[2] : أنه إذا امتنع القريب من الإنفاق على قريبه المستحق ، وأصر على الامتناع مع قدرته ويساره ، فإنه يحبس ولو كان أباً ، للضرورة ؛ لأن في الامتناع عن النفقة إهلاكاً للقريب ، وفي الحبس حمل على الإنفاق لحفظ حياة الإنسان ، وهو أمر واجب شرعاً ، ويتحمل الأب وغيره من باب أولى هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ .

(٢) البدائع : ٤ / ٣٨ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٢ / ٩٤٥ .

١٣ ـ تعدد مستحقي النفقة :

إذا تعدد مستحقو النفقة ولم يكن لهم إلا قريب واحد، فإن استطاع أن ينفق عليهم جميعاً وجب عليه الإنفاق، وإن لم يستطع بدأ بنفسه ثم بولده الصغير أو الأنثى أو العاجز، ثم بزوجته ـ وقال الحنابلة: تقدم الزوجة على الولد ـ، ثم بالأم، ثم بالأب. وقيل عند الشافعية: يقدم الأب، وقيل: الأم والأب سواء[١].

ودليل هذا الترتيب: الأحاديث المتقدمة، حديث جابر: «أن النبي ﷺ قال لرجل: ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا»[٢]، أي وزعه في الناس كيف شئت.

وحديث أبي هريرة: «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ، فقال: يارسول الله، عندي دينار؟ قال: تصدق به على نفسك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: تصدق به على زوجتك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: تصدق به على ولدك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: تصدق به على خادمك، قال: عندي دينار آخر؟ قال: أنت أبصر به»[٣].

وحديث أبي هريرة أيضاً: «قال رجل: يارسول الله، أي الناس أحق مني بحسن الصحبة؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أبوك»[٤]، وفي رواية لمسلم: «من أبر».

---

(١) الدر المختار: ٢ / ٩٢٧، القوانين الفقهية: ص ٢٢٣، المهذب: ٢ / ١٦٦ ـ ١٦٧، المغني: ٧ / ٥٩٣.

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي (نيل الأوطار: ٦ / ٣٢١).

(٣) رواه أحمد والنسائي (المرجع السابق).

(٤) رواه أحمد والبخاري ومسلم.

١٤ـ متى تجب النفقة على بيت المال أو الدولة ؟

إذا لم يكن للقريب المعسر أحد من الأقارب الموسرين ، كانت نفقته في بيت المال « خزينة الدولة » ولا يطالب بتكفف الناس ؛ لأن من وظائف بيت المال في الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين وينفق عليهم بقدر حاجاتهم . قال الكاساني[1] في بيان ما يوضع في بيت المال من الأموال وبيان مصارفها : يوضع في بيت المال أربعة أنواع : أحدها ـ زكاة السوائم والعشور وما أخذه العشار من تجار المسلمين إذا مروا عليهم . والثاني ـ خمس الغنائم والمعادن والركاز . والثالث ـ خراج الأراضي وجزية الرؤوس .. وما أخذه العشار من تجار أهل الذمة والمستأمنين من أهل الحرب . والرابع ـ ما أخذ من تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثاً أصلاً ، أو ترك زوجاً أو زوجة .

وأما النوع الرابع : فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم ، وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم ، وإلى نفقة اللقيط وعقل جنايته ، (أي دفع غرامة جنايته) وإلى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ، ونحوهم ، وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها .

هذه مبادئ النفقة ، ونذكر الآن ما يترتب عليها من تفريعات وتفصيلات في المباحث الأربعة التالية :

المبحث الأول ـ نفقة الزوجة :

نفقة الزوجة حق أصيل من حقوقها الواجبة على زوجها بسبب عقد الزواج ، والكلام عنها في مطالب أربعة هي :

الأول ـ معنى النفقة وأنواعها ووجوبها ومن تجب عليه وسبب وجوبها .

الثاني ـ شروط وجوبها .

---

(١) البدائع ٢ : ٦٨ ، وما بعدها .

الثالث - كيفية تقدير النفقة بأنواعها، والحكم القضائي بها.

الرابع - أحكام النفقة (الامتناع عن الإنفاق، وإعسار الزوج، نفقة زوجة الغائب، متى تعتبر النفقة ديناً على الزوج؟ نفقة المعتدة، تعجيل النفقة، الإبراء عنها، المقاصة بدين النفقة، الكفالة بالنفقة أو ضمانها، الصلح عن النفقة).

المطلب الأول - معنى النفقة وأنواعها، ووجوبها، ومن تجب عليه، وسبب وجوبها:

معنى النفقة: بينا سابقاً أن النفقة لغة هي ما ينفقه الإنسان على عياله. وهي شرعاً: الطعام والكسوة والسكنى، وعرفاً في إطلاق الفقهاء: هي الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى، والعطف يقتضي المغايرة[1].

وجوبها: اتفق الفقهاء[2] على وجوب النفقة للزوجة مسلمة كانت أو كافرة بنكاح صحيح، فإذا تبين فساد الزواج وبطلانه رجع الزوج على المرأة بما أخذته من النفقة، وثبت وجوبها بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول.

أما القرآن: فقول الله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه[3]، فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها﴾ وقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له: رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ وقوله سبحانه: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدكم﴾ أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة. والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق؛ لأن المرأة لا تحصل النفقة إلا بالخروج والاكتساب.

وأما السنة: فقوله ﷺ في حديث حجة الوداع عن جابر: «اتقوا الله في

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٢ / ٨٨٦.

(٢) المرجع السابق، البدائع: ٤ / ١٥، فتح القدير: ٣ / ٣٢١، بداية المجتهد: ٢ / ٥٣ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣ / ٤٢٦، المغني: ٧ / ٥٦٣.

(٣) أي من ضيق عليه.

النساء ، فإنهن عوانٍ[1] عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[2] ورواه الترمذي بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال : « ألا إن لكم على نسائكم حقاً ، ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون . ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن »[3] .

وجاءت هند إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : « يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[4] وفيه دلالة على وجوب النفقة الزوجية ، وأنها مقدرة بكفايتها كما بينا ، وأن نفقة ولده عليه دونها وهي مقدرة بكفايتهم ، وأن النفقة بالمعروف ، وأن لها أن تأخذ نفقتها بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه .

وأما الإجماع : فاتفق العلماء على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين ، إلا الناشز منهن . ولا نفقة عند الحنفية للصغيرة التي لا يستمتع بها ؛ لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها .

وأما المعقول : فهو أن المرأة محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج ، ممنوعة من التصرف والاكتساب لتفرغها لحقه ، فكان عليه أن ينفق عليها ، وعليه كفايتها ، لأن الغرم بالغنم والخراج بالضمان ، فالنفقة جزاء الاحتباس ، فمن احتبس لمنفعة غيره كالموظف والجندي ، وجبت نفقته في مال الغير.

---

(١) أي أسيرات .

(٢) رواه مسلم وأبو داود ومالك في الموطأ وغيرهم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه (نصب الراية : ٣ / ٤٨ ـ ٥٠) .

(٣) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(٤) رواه الجماعة إلا الترمذي عن عائشة (نيل الأوطار : ٦ / ٣٢٣) .

من تجب عليه : اتفق الفقهاء[1] أيضاً على أن النفقة تجب على الزوج الحر الحاضر، فإذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج على النحو الواجب عليها، فلها عليه جميع ما تحتاجه من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن .

سبب وجوبها : للعلماء رأيان[2] فيه، فقال الحنفية : سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها، ورتبوا عليه ألا نفقة على مسلم في نكاح فاسد، لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب الزواج ؛ لأن حق الحبس لا يثبت في الزواج الفاسد .

وعلى الزوج النفقة في أثناء عدة المرأة بسبب الفرقة الحاصلة بطلاق أو بغير طلاق رجعي أو بائن، حامل أو غير حامل، من قبل الزوج أو من قبل المرأة إلا إذا كانت الفرقة من قبلها بسبب محظور استحساناً، لقيام حق الحبس بعد زواج صحيح .

وقال الجمهور غير الحنفية : سبب وجوب النفقة : هو الزوجية وهو كونها زوجة للرجل، ورتبوا عليه أنه تجب النفقة للمطلقة طلاقاً رجعياً، أو بائناً وهي حامل، لبقاء حق الزوج، أما المبتوتة إذا كانت حاملاً، فلها عند المالكية والشافعية السكنى، ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة، وكان ينبغي ألا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها، لكن ترك القياس بالنص القرآني : ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدكم﴾ والتزم الحنابلة بالقياس وبحديث فاطمة بنت قيس في أنه لا نفقة لها ولا سكنى .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٥٥ ، المغني : ٧ / ٥٦٤ .

(٢) البدائع : ٤ / ١٦ ، فتح القدير : ٣ / ٣٢١ ، الشرح الصغير : ٢ / ٧٢٩ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٢٥ ، المغني : ٧ / ٥٦٤ .

المطلب الثاني ـ شروط وجوب النفقة :

نذكر هنا شروط وجوب النفقة عند الجمهور ثم عند المالكية . أما شروطها **عند الجمهور**[1] ، فهي أربعة :

١ً ـ أن تمكن المرأة نفسها لزوجها تمكيناً تاماً : إما بتسليم نفسها أو بإظهار استعدادها لتسليم نفسها إلى الزوج بحيث لا تمتنع عند الطلب ، سواء دخل الزوج بها بالفعل أم لم يدخل ، دعته الزوجة أو وليها إلى الدخول بها أم لم تدعه . واشترط المالكية لوجوب النفقة قبل الدخول دعوة المرأة أو وليها المجبر الزوج إلى الدخول .

فإن ظلت في بيت أهلها برضاه واختياره وجبت نفقتها عليه .

وإن منعت المرأة نفسها أو منعها وليها ، أو تساكتا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقاما زمناً ، فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله .

وإن كان الامتناع من تسليم نفسها بحق ، فلها النفقة ، كالامتناع لتسليم المهر المعجل أو الحالّ ، أو لتهيئة مسكن لائق شرعاً . وأضاف الشافعية : أن يريد الزوج سفراً طويلاً .

٢ً ـ أن تكون الزوجة كبيرة يمكن وطؤها : فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها ؛ لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور الوجوب مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها . ويوافق المالكية رأي الجمهور في هذا الشرط .

٣ً ـ أن يكون الزواج صحيحاً : فإن كان الزواج فاسداً ، فلا نفقة على الزوج ؛ لأن العقد الفاسد يجب فسخه ، ولا يمكن اعتبار الزوجة محبوسة لحق الزوج ، ولأن

---

(١) البدائع : ١٨/٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٣٢٤/٣ ، الدر المختار : ٨٨٦/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٤٣٥/٣ وما بعدها ، المهذب : ١٥٩/٢ وما بعدها ، المغني : ٦٠١/٧ ـ ٦٠٣ ، كشاف القناع : ٥٤٥/٥ ، ٥٤٨ .

التمكين لا يصح مع فساد النكاح، ولا يستحق ما في مقابلته، وهذا متفق عليه.

٤ً - ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مسوغ شرعي، أو بسبب ليس من جهته: فإن فات حقه بغير مسوغ شرعي كالنشوز، أو بسبب من جهته، فإن الزوجة تستحق النفقة. وهذا متفق عليه أيضاً، إلا أن المالكية يقولون بوجوب النفقة إذا كان فوات الاحتباس بأمر لا دخل لها فيه.

وقد بينا سابقاً أن نفقة الزوجة واجبة ولو مع اختلاف الدين.

حكم القانون: أخذ القانون السوري بهذه الأحكام، فنص على ما يلي:

م ٧٢ - ١ - تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح، ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنقلة وامتنعت بغير حق.

٢ - يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيء المسكن الشرعي.

م ٧٣ - يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها.

م ٧٤ - إذا نشزت المرأة، فلا نفقة لها مدة النشوز.

م ٧٥ - الناشز: هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي، أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر.

شروط وجوب النفقة عند المالكية:

اشترط المالكية[1] لوجوب النفقة شروطاً قبل الدخول، وشروطاً بعد الدخول.

---

(١) الشرح الصغير: ٧٢٩/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٢١ وما بعدها، الشرح الكبير والدسوقي: ٥٠٨/٢ وما بعدها.

أما شروط وجوب النفقة الزوجية قبل الدخول ، فهي أربعة :

١ً ـ التمكين من الدخول : بأن تدعو المرأة زوجها بعد العقد إلى الدخول بها ، أو يدعوه وليها المجبر أو وكيلها ، فإن لم تحصل هذه الدعوة ، أو امتنعت من الدخول لغير عذر ، فلا نفقة لها .

٢ً ـ أن تكون الزوجة مطيقة الوطء : فإن كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للدخول بها فلا نفقة لها ، فإن دخل بها وكان بالغاً ، لزمته النفقة . وإن كان بها مانع كرتق فلا نفقة لها إلا أن يتلذذ بها عالماً العيب .

٣ً ـ أن يكون الزوج بالغاً : فلو كان الزوج صغيراً ولم يدخل ، فلا نفقة لها ، وإن دخل فلها النفقة . وأوجب الجمهور النفقة على الصبي لامرأته الكبيرة ؛ لأنها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً ، كما لو كان الزوج كبيراً .

٤ً ـ ألا يكون أحد الزوجين مشرفاً على الموت عند الدعوة إلى الدخول : فإن كان في حالة النزع ، فلا نفقة للزوجة ، لعدم القدرة على الاستمتاع بها . فإن دخل ولو حال الإشراف على الهلاك فعليه النفقة .

وأما شروط وجوب النفقة بعد الدخول ، فهي اثنان :

١ً ـ أن يكون الزوج موسراً : وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه ، فلو كان معسراً لا نفقة عليه مدة إعساره ، لقوله تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ﴾ فالمعسر لا يكلف إذاً بالإنفاق .

٢ً ـ ألا تفوّت الزوجة على زوجها حق الاحتباس بدون مسوغ شرعي : فلو فوتت ذلك بالنشوز ، أي الخروج عن طاعة الزوج ، فلا نفقة لها .

والخلاصة : أن المدخول بها تجب لها النفقة مطلقاً ، وإن لم تكن الزوجة مطيقة الوطء ، ولا الزوج بالغاً . وأما قبل الدخول فلا نفقة لغير ممكنة من نفسها ، أو لم

يحصل منها أو من وليها دعوة للدخول، أو حصل قبل مضي زمن يتجهز فيه كل منهما للدخول، ولا لغير مطيقة الوطء، ولا مطيقة بها مانع كرتق إلا أن يتلذذ بها بغير الوطء حالة كونه عالماً بالمانع منه.

ما يترتب على شروط وجوب النفقة من مسائل:

المسألة الأولى - الزوجة الناشزة[1]:

عرفنا سابقاً أن النشوز يسقط النفقة؛ لأن احتباس الزوجة في بيت الزوجية واجب، فإذا خرجت الزوجة من بيت زوجها بغير مسوغ شرعي، سقطت نفقتها. والمسوغ الشرعي مثل عدم دفع المهر المعجل لها أو عدم تهيئة المسكن الشرعي الصالح عادة للسكنى.

وتكون ناشزة أيضاً إذا منعت زوجها من الدخول إلى بيتها، ولم تكن قد طلبت نقلها إلى بيت آخر. وقد أخذ القانون السوري بهذه الأحكام كما بينا.

المسألة الثانية - الزوجة العاملة أو الموظفة:

إذا عملت الزوجة نهاراً أو ليلاً خارج المنزل كالطبيبة والمعلمة والمحامية والممرضة والصانعة، فالمقرر في القانونين المصري والسوري أنه إذا رضي الزوج بخروجها ولم يمنعها من العمل، وجبت لها النفقة؛ لأن احتباس الزوجة حق للزوج، فله أن يتنازل عنه.

وإن لم يرض بعملها، ونهاها عن العمل، فخرجت من أجله، سقط حقها في النفقة؛ لأن الاحتباس في هذه الحالة ناقص غير كامل، فلو سلمت المرأة نفسها بالليل دون النهار أو عكسه؛ فلا نفقة لنقص التسليم[2].

---

(١) الناشزة في اللغة: هي العاصية على الزوج المبغضة له، وفي الشرع: هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق.

(٢) الدر المختار: ٢/٨٩١.

نصت المادة (٧٣) من القانون السوري على ذلك: يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها.

فإن رضي الزوج بعمل الزوجة أولاً ثم منعها من الخروج، سقط حقها في النفقة أيضاً؛ لأن خروجها نشوز مسقط للنفقة. لكن جرى العمل في القضاء المصري على استحقاقها النفقة؛ لأن إقدام الزوج على الزواج بها وهو يعلم أن لها عملاً خارجياً، ولم يشترط عليها ترك العمل، يعد رضا منه بسقوط حقه في الاحتباس الكامل.

أما لو اشترطت الزوجة حين العقد البقاء في عملها، فهذا الشرط فاسد ملغي عند الحنفية، والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل، فإن استمرت فيه، سقط حقها في النفقة.

وصحح المالكية هذا الشرط ولكنه مكروه لا يلزم الوفاء به، ولكن يستحب، فله أن يمنع الزوجة من العمل، فإن رفضت الاستجابة لمطلبه كانت ناشزة، يسقط حقها في النفقة.

وصحح الحنابلة أيضاً هذا الشرط وأوجبوا الوفاء به، فلا يكون للزوج أن يمنع المرأة من العمل، ولو منعها لا تكون ناشزة.

وقواعد الشافعية تأبى مثل هذا الشرط؛ لأن المذهب الجديد أن النفقة الزوجية تجب بالتمكين التام، لا العقد، وأن الخروج من بيت الزوج بلا إذن منه، نشوز منها، سواء أكان الخروج لعبادة كحج أم لا، ويسقط النشوز نفقتها لمخالفتها الواجب عليها، وأنها لو مكنت من الوطء ومنعت بقية الاستمتاعات، كان ذلك نشوزاً.

هذا .. وللزوجة أن تعمل في البيت عملاً لا يضعفها ولا ينقص جمالها، وللزوج أن يمنعها مما يضرها، ولكن لا تسقط نفقتها إذا خالفته، بل له أن يؤدبها، لعصيانها أمره.

المسألة الثالثة ـ الزوجة المريضة :

تجب النفقة اتفاقاً[1] للزوجة المريضة ، سواء مرضت عنده بعد الزفاف ، أم كانت مريضة حين الزفاف ، لتحقق شرط النفقة وهو التسليم أو التمكين التام ، ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض ، ولأن المرض أمر طارئ لا دخل للزوجة فيه ، فهو كالحيض والنفاس ، وليس من حسن العشرة أن يكون هذا الأمر الطارئ مسقطاً للنفقة .

ولا تسقط نفقتها حتى وإن كانت تمرَّض في بيت أهلها ، إلا إذا طلب الزوج منها أن تعود إلى بيته ، وكانت تستطيع العودة ولو محمولة ، فامتنعت ؛ لأنها بامتناعها تصبح ناشزة ، أي خارجة عن طاعة الزوج بغير حق .

نفقات العلاج : قرر فقهاء المذاهب الأربعة[2] أن الزوج لا يجب عليه أجور التداوي للمرأة المريضة من أجرة طبيب وحاجم وفاصد وثمن دواء ، وإنما تكون النفقة في مالها إن كان لها مال ، وإن لم يكن لها مال ، وجبت النفقة على من تلزمه نفقتها ؛ لأن التداوي لحفظ أصل الجسم ، فلا يجب على مستحق المنفعة ، كعمارة الدار المستأجرة ، تجب على المالك لا على المستأجر ، وكما لا تجب الفاكهة لغير أدم .

ويظهر لدي أن المداواة لم تكن في الماضي حاجة أساسية ، فلا يحتاج الإنسان غالباً إلى العلاج ؛ لأنه يلتزم قواعد الصحة والوقاية ، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم . أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء ، بل أهم ؛ لأن المريض يفضل غالباً ما يتداوى به على كل شيء ، وهل يمكنه تناول الطعام وهو يشكو ويتوجع من الآلام والأوجاع التي تبرح به وتجهده وتهدده بالموت ؟! لذا فإنا نرى وجوب نفقة الدواء على الزوج كغيرها من النفقات

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٨٨٩/٢ ، المغني : ٦٠١/٧ ، تكملة المجموع : ٨١/١٧ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٨٨٩/٢ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٥١١/٢ ، مغني المحتاج : ٤٣١/٣ ، كشاف القناع : ٥٣٦/٥ ، الشرح الصغير : ٧٣٢/٢ .

الضرورية ، وكما تجب على الوالد نفقة الدواء اللازم للولد بالإجماع ، وهل من حسن العشرة أن يستمتع الزوج بزوجته حال الصحة ، ثم يردها إلى أهلها لمعالجتها حال المرض ؟!

المسألة الرابعة ـ الامتناع من الدخول أو الانتقال لبيت الزوج لعذر:

إذا امتنعت الزوجة من الدخول بها ، أو الانتقال إلى دار الزوج لعذر فلها النفقة[1] ، كأن تمتنع حتى تقبض معجل مهرها ، أو لعدم صلاحية المسكن للسكنى بسبب خلل فيه أو لنقص المرافق الضرورية له ، أو للتأذي فيه من جار أو شيء مخيف ، أو وجود أهل لا تحب مساكنتهم أو ضرة تخشى شرها ، أو لأن الزوج غير أمين عليها .

أما إن امتنعت الزوجة من الانتقال إلى بيت الزوج بغير عذر، أو منعت الزوج من الدخول في بيتها الذي يقيمان فيه من غير طلب سابق بالانتقال إلى منزل آخر، فلا نفقة لها ؛ لأنها تعد بامتناعها ناشزة أي خارجة عن طاعة الزوج بغير حق ، والناشزة لا تستحق النفقة مدة نشوزها ، فإن عادت وجبت نفقتها من حين العودة .

المسألة الخامسة ـ حبس الزوجة :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنه إذا حبست الزوجة ، سقطت نفقتها ؛ لأن فوات حق الاحتباس للزوج كان بسبب منها . أما إن حبست ظلماً أو خطفت بواسطة رجل ، فتسقط نفقتها أيضاً عند الحنفية والحنابلة ، لفوات حق الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه . وقال المالكية[2] : لا تسقط نفقتها بالحبس ظلماً وبخطفها من رجل ؛ لأن فوات حق الاحتباس ليس من جهتها ، ولا دخل لها فيه .

---

(١) الدر المختار : ٨٨٨/٢ .

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٥١٧/٢ .

المسألة السادسة ـ سفر الزوجة :

اتفق الفقهاء[1] على أنه إذا سافرت الزوجة مع غير زوجها لحج أو غيره قبل الدخول، فلا نفقة لها، لفوات الاحتباس في بيت الزوج. وكذا إن سافرت وحدها بدون محرم بعد الدخول، لا نفقة لها، لفوات الاحتباس بسبب من جهتها، ولعصيانها بهذا السفر بدون محرم.

أما إن سافرت مع مَحْرم لأداء فريضة الحج، فلا يسقط حقها في النفقة ولو بغير إذنه عند المالكية والحنابلة وأبي يوسف؛ لأنه سفر لأداء فريضة دينية، فيكون فوات الاحتباس بمسوغ شرعي، لكن النفقة الواجبة عند أبي يوسف والحنابلة هي نفقة الإقامة لا السفر، وعند المالكية: يجب لها الأقل من نفقتي الإقامة والسفر.

وتسقط نفقتها ولو بإذن الزوج عند جمهور الحنفية، والشافعية في الأظهر، لمخالفتها الواجب عليها وانتفاء التمكين، وفوات الاحتباس من جهتها، سواء سافرت لحج الفريضة أم لعمل آخر، كطلب العلم أم لحاجتها.

وإن سافرت لحج النفل سقطت نفقتها عند الحنفية والشافعية والحنابلة. وقال المالكية: إن سافرت بإذن الزوج، فلا يسقط حقها في النفقة؛ لأنها لا تعد ناشزة، وإن سافرت بدون إذنه، سقط حقها في النفقة؛ لأنها تعد ناشزة.

المسألة السابعة ـ انتقال الزوج إلى بلد آخر:

قال الحنفية[2]: للزوج السفر بزوجته إلى بلد آخر لغرض صحيح، كالتوظف في بلد غير بلده أو استثمار ماله، إذا أوفاها مهرها كله معجله ومؤجله، وكان مأموناً

---

(١) الدر المختار: ٨٩٢/٢، مغني المحتاج: ٤٣٧/٣ ـ ٤٣٩، كشاف القناع: ٥٥٠/٥، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٥١٧/٢.

(٢) الدر المختار: ٤٩٥/٢.

عليها، ولم يقصد الإضرار بها، فإن امتنعت من السفر معه حينئذ، سقط حقها في النفقة واعتبرت ناشزة. فإن لم يؤدها مهرها، أو لم يكن مأموناً عليها أو قصد إضرارها، فلها الحق في الامتناع من السفر معه، ولا تعد ناشزة، لقوله تعالى: ﴿ ولا تضارّوهن لتضيقوا عليهن ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار».

وقال المالكية[1]: للزوج الانتقال بزوجته إذا أوفاها عاجل مهرها، وإن لم يكن دخل بها بالشروط التالية:

١ً- أن يكون الزوج مأموناً.

٢ً- وأن يكون الطريق إلى البلد مأموناً.

٣ً- وأن يكون البلد قريباً بحيث لا ينقطع خبر أهلها عنها ولا خبرها عن أهلها.

المسألة الثامنة- حبس الزوج أو مرضه:

تستحق الزوجة النفقة بالاتفاق إذا حبس زوجها بجريمة اقترفها أو بدين لزوجته، أو ظلماً، أو مرض مرضاً مانعاً من الجماع، أو كان به عَيب يحول دون الاستمتاع كالجب (قطع العضو) والعُنَّة (العجز الجنسي) والخصاء (نزع الخصيتين)؛ لأن فوات الاحتباس بسبب من جهته لا من جهة الزوجة.

وكذلك تستحق النفقة عند المالكية[2] إذا علم الزوج في زوجته بعيب يمنع الوطء كالرتَق (التحام محل الوطء) والقرَن (غدة تمنع الجماع)، واستمتع بها بغير الوطء.

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي: ٧٦١/٢ وما بعدها.

(٢) الشرح الكبير والدسوقي: ٥٠٨/٢.

المطلب الثالث ـ كيفية تقدير النفقة بأنواعها والحكم القضائي بها :

تشمل النفقة الزوجية ما يأتي :

١ً ـ الطعام والشراب والإدام .

٢ً ـ الكسوة .

٣ً ـ المسكن .

٤ً ـ الخدمة إن لزمتها أو كانت ممن تخدم .

٥ً ـ آلة التنظيف ومتاع البيت .

وقد نصت المادة ٧١ من القانون السوري على أنواع النفقة وتقديرها آخذة بوجوب نفقات التطبيب والعلاج :

١ ـ النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم .

٢ ـ يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره .

الواجب الأول ـ الطعام وتوابعه :

قرر الفقهاء[١] أنه يجب للزوجة الطعام والشراب والإدام، وما يتبعها من ماء وخل وزيت ودهن للأكل وحطب ووقود ونحوها، ولا تجب الفاكهة .

ما تقدر به نفقة الطعام : قال الجمهور غير الشافعية : تقدر بالكفاية، أي بما يكفي الزوجة من الطعام كنفقة الأقارب، لقول النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك

(١) البدائع : ٢٣/٤ ـ ٢٥ ، فتح القدير : ٣٢٢/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٨٨٦/٢ ، ٨٩٤ ـ ٨٩٧ ، ٨٩٩ ، ٩٠٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢١ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٧٣١/٢ وما بعدها ، ٧٣٩ ، بداية المجتهد : ٥٤/٢ ، مغني المحتاج : ٤٢٦/٣ ـ ٤٢٩ ، المهذب : ١٦١/٢ ـ ١٦٢ ، المغني : ٥٦٤/٧ ـ ٥٦٧ ، ٥٧١ ، كشاف القناع : ٥٣٣/٥ وما بعدها .

وولدك بالمعروف» فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، وإنما باجتهادها في التقدير، ولأن الله تعالى قال: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ وقال النبي ﷺ في خطبة حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف، وكل هذه الأدلة صريحة في إيجاب قدر الكفاية. ولا يصح تقدير النفقة بالكفارة؛ لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار، وإنما اعتبر الشرع الكفارة بالنفقة في الجنس دون القدر، بدليل عدم وجوب الأدم فيها.

وإذا قام الزوج بتولي الإنفاق على الزوجة، فليس لها أن تطلب منه تقديراً معيناً لتنفق هي بنفسها، فإن ثبت تقصيره، رفع الأمر إلى القاضي ليفرض عليه النفقة، ويرجع في تقدير الواجب إليه إن لم يتراض الزوجان على شيء.

ولا يشترط فيها الحَب، وإنما يصح أن تكون أصنافاً من الطعام بحسب العرف كالخبز والإدام.

ويجب في النفقة تسليم الطعام، وتضمن النفقة المقدرة باليوم أو الشهر أو غيرهما بالقبض من الزوجة، وأجاز الحنفية والمالكية دفع الثمن أو النقود عنه، لتنفق على نفسها، وهو ما يجري عليه القضاء الآن، لأنه أضبط وأيسر. وقال الحنابلة: لا يملك الحاكم فرض غير واجب القوت الغالب في البلد كدراهم مثلاً إلا باتفاق الزوجين.

وتقدر نفقة الطعام بحسب الأعراف والعادات في كل بلد، أو بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال، من رخص وغلاء، وشباب وهرم، وشتاء وصيف.

وإذا قدر القاضي النفقة، ثم تغير حال الزوج يساراً أو إعساراً، زاد القاضي نفقة اليسار في المستقبل، أو نقصها.

وقال الشافعية: تقدر نفقة الطعام من الحب بمقادير معينة بحسب حال الزوج

يساراً وإعساراً ؛ لأن أقل ما يدفع في الكفارة إلى الشخص الواحد مدّ[1] من الحبوب، والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل، فقال تعالى : ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ فاعتبروا النفقة بالكفارة بجامع أن كلاً منهما مال يجب بالشرع، ويستقر في الذمة.

فعلى الزوج الموسر لزوجته كل يوم مدان من الطعام، وعلى المعسر مُدّ، وعلى المتوسط مدّ ونصف، واحتجوا لهذا التفاوت بقوله تعالى : ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ وأكثر ما وجب في الكفارة لكل مسكين مدان، وهو في كفارة الأذى من إزالة شعر أو ظفر في الحج، وأقل ما وجب له مُدّ في نحو كفارة الظهار، فأوجبوا على الموسر الأكثر وهو مدّان ؛ لأنه قدر الموسع، وعلى المعسر الأقل وهو مد ؛ لأن المد الواحد يكتفي به الزهيد، ويتقنع به الرغيب، وعلى المتوسط ما بينهما دفعاً للضرر عنه.

والراجح لدي هو رأي الجمهور، بدليل ما قال الأذرعي الشافعي : لا أعرف لإمامنا رضي الله عنه سلفاً في التقدير بالأمداد، ولولا الأدب لقلت : الصواب أنها بالمعروف تأسياً واتباعاً.

وأما الأدم عند الشافعية فيجب أدم غالب كزيت وسمن وجبن وتمر وخل، وفاكهة لمن اعتادتها، ولحم بحسب يسار الزوج وإعساره كعادة البلد وتقدير القاضي.

حال من تقدر به نفقة الطعام : للفقهاء رأيان في كيفية تقدير نفقة الطعام.

أ ـ ذهب المالكية والحنابلة : إلى أنه تقدر بحسب حال الزوجين يساراً وإعساراً،

---

(١) الأصح أن المد بتقدير الشافعية ($\frac{٣}{٧}$ ١٧١ درهم) مائة وواحد وسبعون درهماً وثلاثة أسباع الدرهم، والمد يساوي ٦٧٥ غراماً، والدرهم العربي (٢,٩٧٥) غم.

ومراعاة منصب المرأة وحال البلاد، لقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قُدِر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله﴾ وللحديث السابق: «خذي ما يكفيك» وذلك عند الحنابلة وقت عقد الزواج، واعتبار حال الزوجين للجمع بين الأدلة، ورعاية لكل من الجانبين، وهو الأولى؛ لأن الآية راعت حال الزوج، والحديث راعى كفاية الزوجة بالمعروف. فإن كانا موسرين فالواجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فالواجب نفقة الإعسار، وإن تفاوت حالهما فالواجب نفقة الوسط بين الموسرين والمعسرين.

قال المالكية: والوسط من النفقة بالأندلس: رطل ونصف في اليوم من قمح أو شعير أو ذرة أو قطنية على حسب الحال.

ب ـ وذهب الحنفية والشافعية: إلى أنه تقدر نفقة الطعام والكسوة بحسب حال الزوج يساراً وإعساراً، للآية السابقة: ﴿لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها﴾ ولقوله ﷺ: «أطعموهن مما تأكلون، واكسوهن مما تكتسون، ولا تضربوهن ولا تقبِّحوهن»[1]، ولأن النفقة واجبة على الزوج، وقد رضيت الزوجة بحاله، ويقصد من كلمة «المعروف» في حديث هند تحديد الواجب على الزوج.

وهذا القول هو الراجح لدي، عملاً بما نصت عليه الآية صراحة، وهو ما أخذت به القوانين في سورية ومصر، وفيه مرونة وعدالة؛ لأن القاضي له تعديل النفقة إذا تغيرت أحوال الزوج من الإعسار إلى اليسار وبالعكس.

المدة التي تقدر بها نفقة الطعام: تقدر نفقة الطعام في رأي الحنفية والمالكية[2] بحسب ما يناسب الزوج من الأصلح والأيسر في الدفع يومياً أو أسبوعياً

---

(١) رواه أبو داود عن معاوية القشيري (نيل الأوطار : ٣٢٢/٦) .

(٢) الدر المختار وابن عابدين : ٨٩٤/٢ ، الشرح الصغير : ٧٣٨/٢ .

أو شهرياً أو سنوياً، فالعامل المحترف تقدر نفقته باليومية أو بالأسبوع، والموظف بالشهر، والأغنياء أصحاب الثروة بالسنة، وتدفع النفقة مساء كل يوم لليوم التالي، أو في نهاية الأسبوع كالصناع الذين لا يقبضون أجرهم إلا في آخر الأسبوع، أو في بدء الشهر أو آخره بحسب قبض الرواتب الوظيفية، أو سنة بسنة للأثرياء.

وقال الشافعية والحنابلة: تدفع النفقة بطلوع شمس كل يوم؛ لأنه أول وقت الحاجة، فإن اتفق الزوجان على التعجيل أو التأجيل جاز.

الواجب الثاني ـ الكسوة:

أجمع العلماء[1] على أنه تجب على الزوج لزوجته كسوتها؛ لأنها لا بد منها على الدوام، ولقوله عز وجل: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ وقول النبي ﷺ «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وقوله عليه السلام لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» والكسوة بالمعروف: هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه.

وهي مقدرة بالاتفاق حتى عند الشافعية بكفاية الزوجة؛ للإجماع على أنه لا يكفي ما ينطلق عليه الاسم، وليست مقدرة بالشرع، وتقدر باجتهاد الحاكم، فيفرض لها على قدر كفايتها، على قدر يسرهما وعسرهما، وما جرت عادة أمثالها به من الكسوة، فللموسرة ثياب رفيعة من حرير وكتان جيد، وللمعسرة ثياب غليظة من قطن وكتان، وللمتوسطة ما بينهما.

وأقل ما يجب من الكسوة قميص (ثوب مخيط يستر جميع البدن) وسراويل (وهو

---

(١) البدائع: ٢٣/٤ وما بعدها، الدر المختار: ٨٩٣/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٢٢، مغني المحتاج: ٤٢٩/٣، ٤٣٣ وما بعدها، المغني: ٥٦٨/٧، الشرح الصغير: ٧٣٨/٢، المهذب: ١٦٢/٢، كشاف القناع: ٥٣٤/٥، المغني: ٥٧٢/٧.

ثوب مخيط يستر أسفل البدن ويصون العورة) وخمار أو مقنعة (وهو ما يغطى به الرأس) ومداس أو مِكْعَب (وهو مداس الرجل من نعل أو غيره).

ويجب لها الكسوة في كل سنة مرتين: صيفية وشتوية، لتجدد الحاجة في الحر والبرد، وتكون كسوة الشتاء والصيف بما يناسبهما بالاتفاق من غِطاء ووطاء في الشتاء بما يناسبه، والصيف بما يناسبه بحسب العرف والعادة.

وتدفع الكسوة عند المالكية والحنابلة أول كل عام، وتملك بالقبض، فلا بدل لما سرق أو بلي.

وقال الشافعية والحنفية: تدفع الكسوة في كل ستة أشهر؛ لأن العرف في الكسوة أن تبدّل في هذه المدة. فإن بليت الكسوة قبل هذه المدة، لم يجب عليه بدلها، كما لا يجب عليه بدل الطعام إذا نفد قبل انقضاء اليوم.

الواجب الثالث ـ المسكن:

يجب للزوجة أيضاً مسكن لائق بها[1] إما بملك أو كراء أو إعارة أو وقف، لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدكم﴾ أي بحسب سعتكم وقدرتكم المالية وقوله سبحانه: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ ومن المعروف أن يسكنها في مسكن، ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون وحفظ المتاع. وذكر الشافعية أن الواجب في المسكن هو الإمتاع أي الانتفاع لا التمليك، أما المستهلك كطعام فيجب فيه التمليك.

ويكون المسكن كالطعام والكسوة على قدر يسار الزوجين وإعسارهما، لقوله تعالى: ﴿من وجدكم﴾، وبناء عليه يجب أن تتوافر في المسكن الأوصاف الآتية:

---

(1) فتح القدير: ٣٣٤/٣ وما بعدها، الدر المختار: ٩١٢/٢، ٩١٤، الشرح الصغير: ٧٣٧/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٢٢، مغني المحتاج: ٤٣٠/٣، ٤٣٢، المهذب: ١٦٢/٢، المغني: ٥٦٩/٧.

١ً - أن يكون ملائماً حالة الزوج المالية، للآية السابقة: ﴿ من وُجْدكم ﴾.

٢ً - أن يكون مستقلاً بها ليس فيه أحد من أهله إلا أن تختار ذلك، وهذا عند الحنفية؛ لأن السكنى من كفايتها، فتجب لها كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة، وإذا وجب حقاً لها ليس له أن يشرك غيرها فيه؛ لأنها تتضرر به؛ لأن السكن المشترك يمنعها معاشرة زوجها والاستمتاع بها، ولأنها لا تأمن على متاعها. والحد الأدنى للمسكن عند المالكية وغيرهم حجرة واحدة مستقلة بمرافقها، بشرط قرره المالكية وبعض الحنفية: وهو ألا يكون في حجرة أخرى في نفس الشقة (الطابق) زوجة ثانية؛ لأن سكنى المرأة مع ضرتها يؤدي إلى الإضرار بها.

فإن كان للرجل أقارب فله عند الحنفية أن يسكن زوجته معهم إلا إذا ثبت أن الأقارب يؤذونها بقول أو فعل.

وفرق المالكية بين الزوجة الشريفة والوضيعة، فإذا كانت الزوجة شريفة (وهي ذات القدر) فلها الامتناع من السكنى مع أقاربه، ولو الأبوين في دار واحدة، لما فيه من الضرر عليها باطلاعهم على حالها وشؤونها الخاصة، إلا إذا شرط الزوج عليها عند العقد أن تسكن معهم، فليس لها الامتناع من السكنى معهم إلا إذا حصل منهم الضرر من سكناها معهم أو الاطلاع على شؤونها وعوراتها.

وأما إن كانت الزوجة وضيعة (وهي التي لا قدر لها)، فللزوج أن يسكنها مع أقاربه في دار واحدة، إلا إذا اشترطت حين العقد ألا يسكن معها أحد من أقارب الزوج، أو حصل لها ضرر منهم.

وليس للزوجة عند الحنفية أن يسكن معها أحد من غير الزوج ولو كان صغيراً غير مميز إلا إذا رضي الزوج بالسكنى. وأجاز المالكية أن يسكن معها ولد صغير من غير الزوج إذا لم يكن له حاضنة غيرها، وكان الزوج يعلم به عند الزواج، أو لم يعلم به ولم يكن له حاضنة غيرها. وإذا كان المسكن في مكان منقطع موحش أو كانت الدار

كبيرة خالية من السكان ومرتفعة الجدران، فيلزم الزوج مؤنسة تؤنس الزوجة على ما اختاره الحنفية والحنابلة.

٣ـ أن يكون المسكن مؤثثاً مفروشاً في رأي الجمهور غير المالكية: بأن يشتمل على مفروشات النوم من فراش ولحاف ووسادة، وأدوات المطبخ من آلات الأكل والشرب والطبخ من قِدْر (آلة طبخ) وقَصْعة (آلة أكل) وكوز (إبريق) وجَرَّة (آلة شرب) ونحوها حسب العادة مما لا غنى لها عنه كمغرفة. وما تغسل فيه ثيابها وأدوات الإضاءة؛ لأن المعيشة لا تتم بدون المذكور، فكان من المعاشرة بالمعروف.

وقال المالكية الذين يوجبون على الزوجة الجهاز المتعارف في حدود المهر المقبوض قبل الدخول: لا يكلف الزوج بتأثيث المنزل، بل المكلف هو الزوجة.

واتفق الفقهاء على اشتراط كون المسكن مشتملاً على المرافق الضرورية اللازمة للسكنى من دورة مياه ومطبخ ومنشر، وأن تكون تلك المرافق خاصة بالسكن إلا إذا كان الزوج فقيراً ممن يسكن في غرفة في دار كبيرة متعددة الغرف والسكان، بشرط كون الجيران صالحين.

الواجب الرابع ـ نفقة الخادم إن كانت ممن تخدم:

اتفق الفقهاء[1] على أنه يلزم للزوجة نفقة الخادم إذا كان الزوج موسراً، وكانت المرأة ممن تُخدم في بيت أبيها مثلاً ولا تخدم نفسها لكونها من ذوي الأقدار أو مريضة؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف، ولأن كفايتها واجبة عليه، وقال تعالى: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾. والأولى للموسر إخدام زوجته التي تخدم نفسها لأنه معاشرة بالمعروف.

---

(١) البدائع: ٢٤/٤، فتح القدير: ٣٢٧/٣ ـ ٣٢٩، الدر المختار: ٩٠١/٢، بداية المجتهد: ٥٤/٢، الشرح الصغير: ٧٣٤/٢، مغني المحتاج: ٤٣٢/٣ وما بعدها، المهذب: ١٦٢/٢، المغني: ٥٦٩/٧ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢٣٤/٣، كشاف القناع: ٥٣٧/٥ وما بعدها.

ولا يجب لها في رأي الجمهور (أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد) أكثر من خادم واحد؛ لأن الخادم الواحد يكفيها لنفسها، فتتحقق الكفاية بواحد، ولا ضرورة إلى اثنين، والزيادة من باب الترف الذي لا يلزم الزوج به.

وقال أبو يوسف وأبو ثور: تفرض النفقة لخادمين؛ لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل، والآخر لمصالح الخارج.

وكذلك قال المالكية في المشهور: يلزم الزوج أكثر من خادم إذا كانت الزوجة أهلاً لذلك، وقضي لها عند التنازع مع الزوج بخادمها؛ لأنه أطيب لنفسها، إلا لريبة في خادمها تضر بالزوج في الدين أو الدنيا.

والخادم: هو من يحل له النظر إلى المرأة، بأن يكون امرأة أو ذا رحم محرم؛ لأن الخادم يلزم المخدوم في أغلب أحواله، فلا يسلم من النظر. ويجوز في الصحيح عند الحنابلة: أن يكون الخادم من أهل الكتاب؛ لأن استخدامهم مباح، ولأن الصحيح عندهم إباحة النظر لهم.

ونفقة الخادم ومؤنته من الكسوة والطعام، مثل نفقة امرأة المعسر في رأي الحنابلة، إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر؛ لأن ما ذكر يراد للزينة والتنظيف، ولا يراد من الخادم.

ومذهب الشافعية: تلزم نفقة الخادمة كالزوجة، وجنس طعامها جنس طعام الزوجة: وهو مُدّ على معسر وكذا متوسط على الصحيح، ومد وثلث على موسر، ولها كسوة تليق بحالها، ولها أُدم على الصحيح، لكن ليس لها آلة تنظيف، إلا إن كثر وسخ وتأذت بقمّل، فيجب لها ما يزيله.

أما إن كان الزوج معسراً فلا يجب عليه إحضار خادم لزوجته ولا نفقته؛ لأن الخادم ليس ضرورياً، وعلى الزوجة أن تخدم نفسها ما استطاعت.

الواجب الخامس ـ آلة التنظيف ومتاع البيت :

اتفق الفقهاء[1] على وجوب أجرة القابلة وآلات التنظيف ، واختلفوا في أدوات التجميل ومتاع البيت . فقال الحنفية : يجب على الزوج آلة طحن وخبز وآنية شراب وطبخ ككوز وجرة وقِدْر ومغرفة ، وكذا سائر أدوات البيت كحصير ولِبْد وطنفسة (بساط صوف) وما تنتظف به وتزيل الوسخ كمشط وأشنان وصابون وسِدْر ودهن وخِطْمي على عادة أهل البلد ، ويجب عليه مداس رجلها وما تغسل به ثيابها وبدنها ، وينقل لها ماء الغسل من الجنابة ، ويجب لها ماء الوضوء . وأما أجرة القابلة فعلى من استأجرها من زوجة وزوج ، فإن جاءت القابلة بلا استئجار ، قيل : تجب عليه ، لأنه مؤنة الجماع ، وقيل : تجب عليها كأجرة الطبيب . وأما الطيب فيجب عليه ما يوضع بعد الحيض والرائحة الكريهة ، أما الخضاب والكحل فلا يلزمه ، بل هو على اختياره ، ولا تجب لها الفاكهة والقهوة والدخان .

وقال المالكية : تجب على الزوج آلة التنظيف على حسب الحال والمنصب وعوائد البلاد ، فيفرض لها ماء الشرب والغسل وغسل الثوب والإناء واليد والوضوء ، وزيت الأكل والادّهان ، والوقود من حطب أو غيره على حسب العادة ، وما يصلح الطعام من ملح وبصل وغيرهما ، واللحم في كل أسبوع مرة من غير الفقير، لا كل يوم ، أما الفقير فعلى حسب قدرته .

وتجب عليه أجرة القابلة ؛ لأنها من متعلّقات الولد ، والغطاء والوطاء في الشتاء والصيف بما يناسبها بحسب العرف والعادة ، وحصير الفرش ، وليس لها بيع جهازها إلا بعد مضي أربع سنين ، ولا يلزم الزوج ببدل الجهاز إذا بلي إلا الغطاء والفراش ، فإنه يلزم به ؛ لأنه ضروري .

---

(١) الدر المختار : ٨٩٣/٢ ، الشرح الصغير : ٧٣٣/٢وما بعدها ، ٧٣٨ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٢ ، المهذب : ١٦١/٢ ، مغني المحتاج : ٤٢٧/٣ ، ٤٣٠ ـ ٤٣٢ ، المغني : ٥٦٧/٧وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٣٤/٥ ـ ٥٣٦ ، غاية المنتهى : ٢٣٣/٣ .

وتجب عليه أيضاً أدوات الزينة التي تتضرر المرأة بتركها ككحل ودُهْن من زيت أو غيره كحناء إذا كانا معتادين، لا غير معتادين، ولا يجب عليه ما لا تتضرر المرأة بتركه، كما لا يجب لها المُشْط والمُكْحلة وباقي أثاث البيت، لأنها ملزمة بأثاث المنزل وحاجاته بعد قبض صداقها.

والمقرر لدى الشافعية: أنه يجب آلة تنظيف كَمُشْط ودُهْن وما تكنس به الدار، وما تغسل به الرأس والبدن، وأجرة حمام بحسب العادة، وثمن ماء غسل جماع ونفاس، لا حيض واحتلام في الأصح. ولها آلات الأكل والشرب والطبخ، وعلى الزوج الطحن والعجن والخبز في الأصح، ولها مفروشات النوم من فراش ومخدة ولحاف، وما تقعد عليه من لِبْد وحصير ونحوهما. ولا يجب لها الكحل والخضاب وما تزين به إلا إذا طلبه الزوج. وأما الطيب فيلزمه إن كان لقطع السهوكة (الرائحة الكريهة).

وقرر الحنابلة: أنه يجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط ودهن الرأس والسدر وصابون ونحوهما مما تغسل به رأسها وتنظف بدنها وبيتها، وثمن ماء شرب ووضوء وغسل من حيض أو نفاس وجنابة ونجاسة وغسل ثياب. ويجب عليه الخضاب والحناء إن طلبه منها للزينة، ولا يجب عليه إن لم يطلبه؛ لأنه يراد للزينة، وعليه الطيب لقطع أثر الحيض والعرق والرائحة الكريهة، ولا يلزمه ما يراد للتلذذ والاستمتاع أو التجمل والزينة.

ويجب كل ما تحتاجه للنوم من فراش ولحاف ومِخدَّة مع حشوها بالقطن بحسب عرف البلد، وما تحتاجه للجلوس من بساط صوف وهو الطنفسه، وما لا بد منه للطبخ كماعون الدار ونحوه، الموسر على حسب إيساره والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد.

الحكم القضائي بالنفقة وتعديلها:

تجب نفقة الزوجة ديانة مهما امتد الزمن، لكن منع القانون السوري الحكم بالنفقة أكثر من أربعة أشهر سابقة للادعاء تيسيراً على الزوج ومنع إرهاقه، وقد نص هذا القانون على ذلك في المادة (٧٨):

١ ـ يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه.

٢ ـ لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء.

والمقرر لدى الحنفية[١] أنه لا تستحق الزوجة النفقة عن مدة ماضية إلا بفرض القاضي أو بالتراضي؛ لأن النفقة عندهم صلة وليست بعوض، فلا يتأكد وجوبها إلا بالقضاء، كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض، والصلح بمنزلة القضاء.

ويجوز تعديل النفقة المقدرة قضاء في حالتين[٢]:

الأولى ـ تبدل حال الزوج من عسر إلى يسر؛ لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار.

والثانية ـ تبدل أسعار الحاجيات تبدلاً ملحوظاً، من رخص إلى غلاء وبالعكس، في أحوال الظروف الطارئة كالحرب والقحط والكوارث العامة. فإذا لم تحدث طوارئ عامة لا تقبل دعوى التعديل زيادة أو نقصاً قبل مضي ستة أشهر على فرض النفقة، اعتماداً على الغالب في أن الأسعار لا يظهر أثر تبدلها في أقل من تلك المدة.

وهذا ما نصت عليه المادة (٧٧) من القانون السوري:

---

(١) فتح القدير: ٣/٣٣٢، الدر المختار: ٢/٩٠٦.

(٢) فتح القدير: ٣/٣٣١، الدر المختار: ٢/٩٠٥ وما بعدها.

١ـ تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد .

لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية .

كيف يقدر القاضي النفقة ؟ يقدر القاضي النفقة بالاستناد لمعرفة حاجات الزوجة وتكاليف المعيشة وأسعار السلع ، مستعيناً بآراء أهل الخبرة فيها . وهذا ما نصت عليه المادة (٨١) من القانون السوري .

يقدر القاضي النفقة ، ويجب أن يكون تقديره مستنداً إلى أسباب ثابتة ، وله الاستئناس برأي الخبراء

الاستدانة أثناء الدعوى : للقاضي أثناء النظر في دعوى النفقة أن يأمر الزوج بإسلاف زوجته مبلغاً من المال ، لا يزيد عن نفقة شهر واحد ، ويمكن تجديد الأمر ، وقد نصت على هذا الأمر المادة (٨٢) من القانون السوري :

١ـ للقاضي أثناء النظر بدعوى النفقة ، وبعد تقديرها : أن يأمر الزوج عند اللزوم بإسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد عن نفقة شهر واحد ، ويمكن تجديد الإسلاف بعده .

٢ـ ينفذ هذا الأمر فوراً كالأحكام القطعية .

المطلب الرابع ـ أحكام النفقة الزوجية :

هناك أحكام متنوعة لنفقة الزوجة أهمها ما يأتي :

أولاً ـ حكم الامتناع عن الإنفاق :

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعدما فرضه على نفسه أو بعد فرض القاضي ، ففيه تفصيل عند الحنفية :

أ ـ إن كان الزوج موسراً وله مال ظاهر، باع القاضي من ماله جبراً عليه، وأعطى الثمن لزوجته للنفقة. وإن لم يكن له مال ظاهر وكان موسراً، حبسه القاضي إذا طلبت الزوجة[1]، لقوله النبي ﷺ: «مَطْل الغني ظلم، يحل عرضه وعقوبته» ويظل محبوساً حتى يدفع النفقة، فإن لم يدفع وثبت للقاضي عجزه عن الإنفاق، ترك إلى الميسرة، لقوله تعالى: ﴿ وإن كان ذو عسرة، فنظرة إلى ميسرة ﴾.

ب ـ وأما إن كان الزوج معسراً: فلا يحبس؛ إذ أنه ليس ظالماً بامتناعه عن الإنفاق، ولأنه لا فائدة من حبسه.

ثانياً ـ إعسار الزوج بالنفقة:

للفقهاء آراء في إعسار الزوج، وهي ما يأتي[2]:

قال الجمهور غير المالكية: لا تسقط النفقة المفروضة على الزوج بإعساره، بل تصبح ديناً عليه إلى وقت اليسار، لقوله تعالى: ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾.

وحينئذ يأذن القاضي في رأي الحنفية للزوجة بالاستدانة، وإن أبى الزوج، وفائدة الإذن بالاستدانة: أن يتمكن الدائن من أخذ دينه من الزوج أو الزوجة، وأن النفقة المستدانة لا تسقط بموت أحد الزوجين. ويجب إقراض الزوجة على من تجب عليه نفقتها، فإن امتنع فللقاضي أن يحكم بحبسه بعد إنذاره.

ولا يفرق عند **الحنفية** بين الزوجين بسبب الإعسار؛ لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، فيستوفى في المستقبل، ويتحمل أدنى الضررين لدفع الأعلى.

---

(١) البدائع: ٣٨/٤.

(٢) الدر المختار: ٩٠٣/٢ وما بعدها، فتح القدير: ٣٢٩/٣ وما بعدها، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٥١٧/٢، المهذب وتكلمة المجموع: ١٠٨/١٧، كشاف القناع: ٥٥٢/٥، المغني: ٥٧٣/٧ وما بعدها.

أما عند الشافعية والحنابلة : فللزوجة أن تفسخ الزواج إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر كلها أو بعضها ، ولا تفسخ إذا أعسر بما زاد عن نفقة المعسر ؛ لأن الزيادة تسقط بإعساره . ودليلهم على جواز الفسخ حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ؟ قال : « يفرق بينهما »[1] وحديث أبي هريرة أيضاً عند النسائي الذي ورد فيه : « وابدأ بمن تعول ، فقيل : من أعول يا رسول الله ؟ قال : امرأتك تقول : أطعمني ، وإلا فارقني » ولأنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة ، بل أولى ؛ لأن الحاجة إلى النفقة أولى ، فإنه إذا ثبت للزوجة الفسخ بالعجز عن الوطء - والضرر فيه أقل - فلأن يثبت بالعجز عن النفقة - والضرر فيه أكثر - أولى .

وقال المالكية : تسقط النفقة عن الزوج بالإعسار مدة إعساره أي لا تلزمه ، ولا تكون ديناً عليه ، فلا ترجع عليه الزوجة إذا أيسر ، لقوله تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ﴾ والمعسر عاجز عن الإنفاق ، وتكون متبرعة فيما تنفقه على نفسها في زمن الإعسار . فإن أيسر وجبت عليه النفقة .

أما الحكم القانوني : ففي مصر نصت المادة (٢١٣ إجراءات شرعية) على أنه إذا امتنع المحكوم عليه عن النفقة المحكوم بها ، حكمت المحكمة بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على عشرين يوماً ، ويخلى سبيله إذا أدى ما عليه أو أحضر كفيلاً مقتدراً . ونصت المادة (٨٠) من القانون السوري على ما يلي :

١ - إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج ، وتعذر تحصيلها منه ، يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج ، أن ينفق عليها بالقدر المفروض ، ويكون له حق الرجوع على الزوج .

---

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي ، وأعله أبو حاتم ، ولكن للحديث شواهد عن سعيد بن المسيب عند سعيد بن منصور والشافعي وعبد الرزاق في الرجل لا يجد ما ينفق على أهله ، قال « يفرق بينهما » قال أبو الزناد : « قلت لسعيد : سنة ؟ قال : سنة » وهذا مرسل قوي .

٢ ـ إذا أذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها، فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الرجوع عليها، وهي ترجع على زوجها.

ومعنى هذه المادة التفريق بين حالتين: الأولى ـ إذا كان المأمور بالإنفاق على المرأة هو قريبها من أب أو جد أو أخ، فله إذا دفع النفقة أن يرجع على الزوج عند اليسار. والثانية ـ إذا كان المستدان منه النفقة هو غير المكلف بالإنفاق على المرأة، فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الزوجة.

ثالثاً ـ نفقة زوجة الغائب:

الغائب: هو من تعذر إحضاره إلى المحكمة لسؤاله عن دعوى النفقة، سواء أكان بعيداً أم قريباً. وقد اختلف الفقهاء في كيفية إيجاب النفقة عليه[1].

فذهب الجمهور إلى وجوب النفقة عليه عن الماضي ولو لم يفرضها حاكم، وتكون ديناً في ذمته. وقال أبو حنيفة: لا تجب إلا بإيجاب الحاكم.

ودليل الجمهور أن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا، أو يطلّقوا. وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق، ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذر، فكان لها الخيار كحال الإعسار، بل هذا أولى بالفسخ، فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور، فعلى غيره أولى، ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ، فوجب إزالته.

واستدل أبو حنيفة بأن نفقة الزوجة تجب يوماً فيوماً، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب، ولأن نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها، فتسقط كنفقة الأقارب.

---

(١) فتح القدير: ٣٣٦/٣ ـ ٣٣٨، الدر المختار: ٩١٦/٢، بداية المجتهد: ٥٥/٢، الشرح الصغير: ٧٤٥/٢ وما بعدها، المهذب: ١٦٣/٢، مغني المحتاج: ٤٣٦/٣، المغني: ٥٧٦/٧ ـ ٥٧٨، غاية المنتهى: ٢٣٦/٣، كشاف القناع: ٥٥٦/٥.

ورأى الحنفية: أنه لا يقضى بنفقة في مال شخص غائب إلا لزوجة الغائب وأولاده الصغار ووالديه. أما غيرهم من المحارم كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات، فلا يقضى بنفقتهم فيه.

فإذا غاب الزوج، وطلبت زوجته من القاضي فرض نفقة لها: فإن كان له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه، قضى لها القاضي بالنفقة من ماله، بعد أن يحلفها بالله: أن زوجها ما أعطاها النفقة، رعاية لمصلحة الغائب، ويأخذ في رأي الحنفية والشافعية كفيلاً منها بالنفقة رعاية لمصلحة الغائب؛ لأنه ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها.

وكذلك يحلفها في رأي المالكية بأنها تستحق النفقة على زوجها الغائب وأنه لم يترك لها مالاً تنفق منه، ولا وكل وكيلاً لها ينفق عليها. وتسمى هذه اليمين يمين الاستيثاق.

وإن لم يكن للزوج مال ظاهر: فليس للقاضي في رأي الحنفية تطليق الزوجة بإعساره؛ لأن إعساره لا يسوغ التطليق سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً.

ورأى الجمهور غير الحنفية: أن للقاضي تطليق الزوجة بإعسار الزوج مطلقاً حاضراً أم غائباً، إلا أن المالكية قالوا: إن كان الزوج قريب الغيبة فيرسل له: إما أن يأتي أو يرسل النفقة، أو يطلّق عليه، وإن كان بعيد الغيبة كعشرة أيام، فللقاضي التطليق إن لم يترك لها شيئاً ولا وكل وكيلاً بالنفقة ولا أسقطت عنه النفقة حال غيبته، وتحلف على ما ذكر.

واتفق الفقهاء[1] على أنه إذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها، حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم.

---

(١) المغني: ٥٧٩/٧.

رابعاً ـ متى تعتبر النفقة ديناً على الزوج ؟

عرفنا أن النفقة الزوجية تجب باتفاق الفقهاء من حين العقد مع تمكين الزوجة من نفسها ، واشترط المالكية لوجوب النفقة قبل الدخول دعوة المرأة أو وليها المجبر الزوج إلى الدخول .

ولكنهم اختلفوا في وقت اعتبار النفقة ديناً في ذمة الزوج وفي مدى قوة هذا الدين على رأيين[1] :

١ ـ **فقال الحنفية :** لا تصير النفقة ديناً في ذمة الزوج إلا بالقضاء أو التراضي ، فما لم يحكم بها القاضي ، أو لم يتراض الزوجان عليها ، لا تكون ديناً ، فلو أنفقت المرأة على نفسها من مالها بعد العقد ، أو بطريق الاستدانة ، لا تكون ديناً على الزوج ، بل تسقط بمضي المدة ، إلا لأقل من شهر فلا تسقط .

وإذا تم القضاء بها أو التراضي عليها ، لا يصبح المتجمد منها ديناً قوياً بحيث لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وإنما يكون ديناً ضعيفاً يسقط بما يسقط به الدين القوي بالأداء أو الإبراء ، ويسقط أيضاً بنشوز الزوجة ، وبموت أحد الزوجين . ولا تصير ديناً قوياً إلا إذا أذن الزوج أو القاضي للزوجة بالاستدانة واستدانتها بالفعل .

وحجتهم أن النفقة الزوجية هي صلة (أي عطاء من غير عوض) من وجه ، وعوض من وجه آخر ، أما كونها صلة فلأن منافع الاحتباس تعود على الزوجين جميعاً لا على الزوج وحده ، وأما كونها عوضاً فلأنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها ، فنظراً لشبهها بالصلة تسقط بمضي المدة من غير قضاء ولا تراض من الزوجين كنفقة الأقارب ، ولشبهها بالعوض تصير ديناً بالقضاء بها أو التراضي عليها .

---

(١) الدر المختار : ٩٠٦/٢ ، فتح القدير والعناية : ٣٣٢/٣ ، الشرح الصغير : ٧٤٣/٢ ، مغني المحتاج : ٤٤٢/٣ ، المغني : ٥٧٨/٧ .

٢ـ **وقال الجمهور:** إنها تصير ديناً قوياً بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها إلى الزوجة، فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون، ولا يسقط بمضي المدة بدون إنفاق، ولا يسقط المتجمد منها في الماضي بنشوز الزوجة ولا بالطلاق ولا بالموت.

وحجتهم أن النفقة عوض، وليست صلة أي عطاء من غير عوض، وقد أوجبها الشارع بمقتضى العقد في مقابل احتباس الزوجة لشؤون الزوجية. وإذا كانت عوضاً محضاً فهي دين كسائر الديون، تجب من وقت استحقاقها ككل عوض أو أجرة.

وقد أخذ القانون السوري برأي الحنفية، فنصت المادة (٧٩) على ما يلي: النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء. والراجح لدي رأي الجمهور، وقد أخذت به المحاكم الشرعية في مصر من سنة ١٩٢٠.

خامساً ـ نفقة المعتدة:

بينا الحكم في حقوق الزوجة، وخلاصة الحكم ما يأتي:

تجب بالاتفاق نفقة الرجعية؛ لأنها في حكم الزوجة، ونفقة الحامل، لقوله تعالى: ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾.

ولا تجب بالاتفاق نفقة المعتدة من وفاة أو من زواج فاسد أو شبهة، إلا أن المالكية أوجبوا لمعتدة الوفاة السكنى مدة العدة إذا كان المسكن مملوكاً للزوج، أو مستأجراً ودفع أجرته قبل الوفاة.

واختلفوا في المعتدة من طلاق بائن: فأوجب الحنفية[1] لها النفقة بأنواعها الثلاثة لاحتباسها لحق الزوج. ولم يوجب لها الحنابلة[2] أي نفقة؛ لأن رسول الله

---

(١) الدر المختار: ٩٢١/٢ ومابعدها، البدائع: ١٦/٤.

(٢) غاية المنتهى: ٢٣٦/٣ ومابعدها، المغني: ٦٠٦/٧ ـ ٦١١، كشاف القناع: ٥٣٨/٥.

ﷺ لم يجعل لفاطمة بنت قيس التي طلقت ألبتة نفقة ولا سكنى. وتوسط المالكية والشافعية[1] فأوجبوا لها السكنى فقط، لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدكم﴾.

نفقة الحمل: أوجب المالكية[2] نفقة الحمل على أبيه، بشرط حرية الحمل وحرية أبيه ولحوق الحمل بأبيه، فلا نفقة لحمل رقيق ولا لمن أبوه عبد، ولا نفقة لحمل ملاعَنة محبوسة بسببه.

وهناك رأيان عند الشافعية والحنابلة في سبب نفقة الحامل[3]:

أحدهما ـ أنها تجب للحمل؛ لأنها تجب بوجوده، وتسقط عند انفصاله، فدل على أنها له.

والثاني ـ تجب للحامل من أجل الحمل، لأنها تجب مع اليسار والإعسار، فكانت له، كنفقة الزوجات، ولأنها في رأي غير الحنفية لا تسقط بمضي الزمان، فأشبهت نفقة الأم في حال حياة الحمل.

حكم القانون السوري بنفقة العدة:

نصت المادتان (٨٣، ٨٤) على نفقة العدة.

م ٨٣ـ تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ.

م ٨٤ـ نفقة العدة كنفقة الزوجية، ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر.

فالمادة الأولى تقرر وجوب نفقة المعتدة أياً كان سبب الفراق.

---

(١) الشرح الصغير: ٧٤٠/٢ ومابعدها، المهذب وتكلمة المجموع: ١١٧/١٧ ومابعدها، حاشية الباجوري: ١٧٨/٢.

(٢) الشرح الصغير: ٧٤٣/٢.

(٣) المغني: ٦٠٨/٧ ومابعدها.

والمادة الثانية تقرر بداية الواجب وهو من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر، دفعاً لإرهاق الزوج، مع العلم بأن عدة ممتدة الطهر سنة كاملة، كما جاء في الفقرة (٢) من المادة (١٢١)، فكان ينبغي جعل أقصى المدة سنة، لا تسعة أشهر.

سادساً ـ تعجيل النفقة:

إذا عجل الزوج نفقة زوجته، ثم طرأ ما يوجب سقوط النفقة كنشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين، فليس للزوج أو لورثته في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف[1] أن يسترد شيئاً منها؛ لأن النفقة صلة أو هبة، والزوجية من موانع الرجوع في الهبة.

وقال محمد وباقي الأئمة: للزوج أن يسترد نفقة المدة الباقية، فإن كانت قائمة أخذها، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت قيمية؛ لأن النفقة عوض وجزاء احتباس الزوجة في المدة، فإن فات الاحتباس في بعض المدة فلا تستحق في مقابلها شيئاً من النفقة، فيلزمها أن ترد ما يقابل نفقة تلك المدة. وهذا هو الراجح لدي؛ لأن الراجح أن النفقة عوض وليست صلة أو هبة.

سابعاً ـ الإبراء من النفقة:

الإبراء إما أن يكون عن نفقة ماضية أو مستقبلة[2].

أ ـ فإن كان عن نفقة ماضية: صح إبراء الزوجة عند الحنفية إن كانت النفقة مفروضة بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين؛ لأنها صارت ديناً ثابتاً في ذمة الزوج، والإبراء يكون مما هو ثابت في الذمة. ولا يصح الإبراء عن نفقة غير مفروضة بقضاء أو تراض؛ لأنها لم تثبت ديناً في الذمة، ولا يكون الإبراء إلا عما هو ثابت في الذمة.

---

(١) البدائع: ٣٨/٤، فتح القدير: ٣٣٣/٣.

(٢) البدائع: ١٦/٤، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٨٩٩/٢، المغني: ٦١٠/٧، الأحوال الشخصية للأستاذ زكي الدين شعبان: ص٣٣٩.

وقال الجمهور: يصح الإبراء عنها؛ لأنها تصير ديناً في ذمة الزوج بمجرد الامتناع عن الإنفاق، سواء أكانت مقررة بالقضاء أم بالتراضي أم غير مقررة.

ب ـ وأما الإبراء عن نفقة مستقبلة: فلا يصح اتفاقاً؛ لأن النفقة لم تجب بعد، فلا تقبل الإبراء.

لكن أجاز الحنفية الإبراء عن نفقة مستقبلة في حالتين:

الأولى ـ الإبراء عن مدة بدأت بالفعل: كنفقة شهر بدأ، وسنة دخلت، لا عن أكثر من سنة، ولا عن سنة لم تدخل، لتحقق وجوبها، إذ يجب تنجيزها أول المدة.

الثانية ـ الإبراء من نفقة العدة في مقابل الخلع أو الطلاق: لأن الإبراء عن النفقة في نظير عوض وهو ملك الزوجة نفسها. ولا يصح الإبراء في غير الخلع والطلاق؛ لأنه إسقاط للشيء قبل وجوبه.

ثامناً ـ المقاصة بدين النفقة:

إذا كان للزوج دين على زوجته لثمن مبيع أو قرض، فهل يسقط بالمقاصة مع دين النفقة؟.

يرى الحنفية أنه إذا كان دين النفقة قوياً (وهو الذي فرضه القاضي أو تقرر بالتراضي) جاز لأحد الزوجين أن يطلب المقاصة، وليس للآخر الامتناع من المقاصة لتساوي الدينين في القوة. وأما إذا لم يكن دين النفقة مستداناً بأمر القاضي أو برضا الزوج، فيكون ديناً ضعيفاً، وتصح المقاصة به إذا طلبها الزوج؛ لأن دينه أقوى من دين الزوجة. وليس للزوجة الامتناع من المقاصة. ولا تمكن المقاصة بطلب الزوجة حينئذ إلا إذا رضي الزوج بها؛ لأن دينها أضعف من دينه[1].

---

(١) شعبان، المرجع السابق: ص٣٤٠.

ويرى الجمهور: أن دين النفقة دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، سواء فرضه القاضي أو استدين بالتراضي أم لا، فتصح المقاصة به مطلقاً، لتساوي الدينين في القوة. ولكن قرر المالكية والحنابلة أن الزوجة إذا كانت فقيرة، وطلب الزوج المقاصة، لا يجاب إلى طلبه إلا إذا رضيت بها، منعاً للضرر بها؛ لأن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين.

تاسعاً ـ الكفالة بالنفقة:

لا تصح الكفالة بالنفقة في رأي الحنفية قبل القضاء بها أو التراضي عليها؛ لأن المكفول به يشترط أن يكون ديناً صحيحاً، ولا تصبح النفقة ديناً في ذمة الزوج إلا بعد القضاء بها أو التراضي عليها، لكنهم أجازوا استحساناً الكفالة بالنفقة بعد القضاء أو التراضي قبل الاستدانة، رفقاً بالناس، وإعانة للزوجة على الوصول إلى حقها في النفقة.

وتصح الكفالة بالنفقة في رأي الجمهور؛ لأنها تجب للزوجة من تاريخ العقد بشرط التمكين، وتعتبر ديناً صحيحاً في ذمة الزوج من غير توقف على القضاء أو التراضي. وهذا هو المعمول به في محاكم مصر من سنة ١٩٢٠.

الكفالة بالنفقة بسبب السفر: المفتى به عند الحنفية[1] هو رأي أبي يوسف في جواز أخذ المرأة كفيلاً بالنفقة إذا أراد الزوج السفر، وتعطى كفيلاً بنفقة شهر إذا لم تعلم المرأة مدة الغيبة؛ لأن إعطاء كفيل أقل الواجب. فإن علمت أنه سيغيب أكثر من شهر، فتعطى كفيلاً بقدر المدة التي يتوقع غيابه فيها.

وقال المالكية: تعطى الزوجة كفيلاً بالنفقة في مدة غياب زوجها ليدفع لها النفقة حسب المعتاد يومياً أو شهرياً.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٢/٨٩٥.

كفالة النفقة الماضية والمستقبلة : أجاز الحنابلة ضمان النفقة الماضية والمستقبلة، واكتفى الشافعية بتجويز ضمان النفقة الماضية، ولم يجيزوا ضمان النفقة المستقبلة؛ لأنه ضمان مالم يجب، بناء على أن المذهب الجديد للشافعي هو القول بأن النفقة تجب بالتمكين لا بالعقد، وهو الصحيح؛ لأنها لو وجبت بالعقد لملكت الزوجة المطالبة بها كالمهر، والعقد يوجب المهر، ولا يوجب عوضين مختلفين، ولأن النفقة مجهولة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً[1] .

عاشراً ـ الصلح عن النفقة :

قال الحنفية[2] : قد يكون الصلح عن النفقة تقديراً للنفقة، كالصلح على مبلغ مالي قبل تقدير النفقة بالقضاء أو الرضا أو بعده، وحينئذ تجوز الزيادة عليه أو النقصان بسبب الغلاء أو الرخص، فلو قال الزوج : لا أطيق ذلك، فهو لازم له، ولا التفات لقوله بكل حال، لأنه ألزمه باختياره، إلا إذا تغير سعر الطعام، وعلم القاضي أن مادون المبلغ المصالح عليه يكفيها، فحينئذ يفرض لها كفايتها .

وقد يكون الصلح معاوضة كالصلح على متاع أو عقار، إن كان بعد تقدير النفقة بالقضاء أو الرضا، وحينئذ لا تجوز الزيادة ولا النقصان ولو قبل التقدير المذكور.

المبحث الثاني ـ نفقة الأولاد أو الفروع :

يشتمل على أربعة مطالب :

الأول ـ وجوب الإنفاق على الفروع وتعيينهم .

الثاني ـ شروط الوجوب .

---

(١) المغني : ٥٧٨/٧ ، المهذب : ١٦٤/٢ ، مغني المحتاج : ٤٣٥/٣ .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٩٠٥/٢ وما بعدها .

الثالث ـ من تجب عليه نفقة الفروع .

الرابع ـ مقدار نفقة الفروع وصيرورتها ديناً وسقوطها وتعجيلها .

المطلب الأول ـ وجوب الإنفاق على الفروع وتعيينهم :

تجب نفقة الأولاد لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ أي أن على الأب المولود له نفقة أولاده ، بسبب الولادة ، كما تجب عليه نفقة الزوجة بسبب الولد أيضاً ، ولقوله ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » أي أن نفقة الولد والزوجة واجبة على الأب ، وللحديث السابق في ترتيب النفقة : على النفس ، ثم على الولد ، ثم على الأهل ، ثم على الخادم .

والأولاد الواجب نفقتهم في رأي جمهور العلماء[1] : هم الأولاد مباشرة ، وأولاد الأولاد أي الفروع وإن نزلوا ، فعلى الجد نفقة أحفاده ، من أي جهة كانوا ؛ لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع منه . وهو الصحيح ، فهذه النفقة تجب بالجزئية دون الإرث .

ورأى الإمام مالك[2] : أنه تجب نفقة الأولاد المباشرين فقط ، دون أولاد الأولاد ، لظاهر النص القرآني السابق : ﴿ وعلى المولود له ... ﴾ فالنفقة عنده تجب بسبب الإرث لا بمطلق الجزئية .

المطلب الثاني ـ شروط وجوب النفقة على الأولاد :

يشترط لوجوب نفقة الأولاد ثلاثة شروط[3] :

١ً ـ أن يكون الأصل قادراً على الإنفاق بيسار أو قدرة على الكسب : فإذا كان

---

(١) الكتاب مع اللباب : ١٠٦/٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٣٤٦/٣ ، المهذب : ١٦٥/٢ وما بعدها ، المغني : ٥٨٦/٧ وما بعدها .

(٢) الشرح الصغير : ٧٥٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ .

(٣) الدر المختار : ٩٢٣/٢ ـ ٩٢٥ ، الشرح الصغير والقوانين : المكان السابق ، المهذب : ١٦٦/٢ ، مغني المحتاج : ٤٤٦/٣ وما بعدها ، المغني : ٥٨٤/٧ ـ ٥٨٧ ، كشاف القناع : ٥٥٩/٥ .

الأصل غنياً أو قادراً على الكسب، وجبت عليه نفقة أولاده، فينفق عليهم من ماله، وإن لم يكن له مال وقدر على الكسب وجب عليه الاكتساب، في رأي الجمهور، فإن امتنع حبسه القاضي. أما إن كان معسراً بحيث تجب نفقته على غيره من الأصول أو الفروع، وكان عاجزاً عن الكسب، فلا نفقة عليه؛ لأنه لا يعقل إيجاب النفقة عليه وهو يأخذ نفقته من غيره، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه، وهذا هو الصحيح.

وقال المالكية: لا يلزم الأب الكسب لأجل نفقة أولاده. فإذا كان معسراً، وكان قادراً على الكسب بصنعة أو غيرها، لم يجب عليه التكسب، لينفق على أولاده المعسرين.

٢ً ـ أن يكون الولد فقيراً معسراً لا مال له، ولا قدرة له على الاكتساب: فإذا كان له مال يكفيه، وجبت نفقته فيه لا على غيره، وإذا كان مكتسباً وجب عليه الاكتساب، فالصغير المكتسب نفقته في كسبه، لا على أبيه. وعليه فإن الولد الموسر بمال أو كسب يستغني به، لا نفقة له؛ لأن نفقة القرابة تجب على سبيل المواساة والبر، والموسر مستغن عن المواساة والبر والصلة.

ومن له مسكن يسكنه يكون فقيراً محتاجاً للنفقة؛ لأن الإيواء فيه ضرورة حياتية، فلا يباع عليه عقاره، أما إن كان له مسكن آخر زائد عن سكناه، فلا يعد محتاجاً، ولا يستحق النفقة على من سواه من الأصل أو الفرع، فيباع عليه؛ لأن فيه فضلاً عن حاجته.

والعجز عن الكسب يكون بإحدى الصفات التالية:

أ ـ الصغر: أي الصغر الذي لم يبلغ به صاحبه حد الكسب، فإن بلغ الغلام لا الأنثى حد الكسب، كان للأب أن يؤجره أو يدفعه إلى حرفة ليكتسب منها، وينفق عليه من كسبه. أما الأنثى فلا تؤجر للخدمة، لما فيها من مخاطر الخلوة بها وهو لا يجوز شرعاً، لكن يجوز تعليمها عند امرأة حرفة معينة مناسبة لها كخياطة أو

تطريز أو غزل ونحوها، فإن استغنت بنحوه، وجبت نفقتها في كسبها، ولا تجب نفقتها على الأب إلا إذا كان دخلها لا يكفيها، فتجب كفايتها بدفع القدر المعجوز عنه.

وأما الولد الكبير: فلا تجب نفقته على الأب إلا إذا كان عاجزاً عن الكسب لآفة في عقله كالجنون والعته، أو آفة في جسمه كالعمى والشلل وقطع اليدين والرجلين، أو بسبب طلبه العلم، أو بسبب انتشار البطالة وعدم تيسر الكسب له، أو بسبب المرض المانع له من الاكتساب.

وأوجب الحنابلة خلافاً للجمهور النفقة للولد الكبير الفقير، ولو كان صحيحاً، كما أوجبوها للولد الفقير ولو كان صحيحاً؛ لأنه ولد أو والد فقير محتاج، فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني، كما لو كان مريضاً بمرض مزمن، أو مكفوفاً. ويكون المبدأ المقرر عند الحنابلة هو وجوب نفقة المولودين والوالدين دون اشتراط نقص الخِلْقة أو نقص الأحكام المكلف بها، في ظاهر المذهب.

ب ـ الأنوثة: تجب نفقة البنت الفقيرة على أبيها مهما بلغت حتى تتزوج، وعندئذ تصبح نفقتها على الزوج، فإذا طلقت عادت نفقتها على الأب، ولا يجوز للأب أن يجبرها على الاكتساب. فإن اكتسبت من مهنة شريفة لا تعرضها للفتنة كخياطة وتعليم وتطبيب، سقطت نفقتها عن الأب، إلا إذا كان كسبها لا يكفيها، فعلى الأب إكمال النفقة التي تحتاجها.

جـ ـ المرض المانع من العمل: كالعمى والشلل والجنون والعته ونحوها.

د ـ طلب العلم الذي يشغل عن التكسب. فالطالب المتعلم حتى ولو كان قادراً على العمل والتكسب، تجب نفقته على أبيه؛ لأن طلب العلم فرض كفاية، فلو ألزم طلبة العلم التكسب، تعطلت مصالح الأمة. وهذا بشرط كون الطالب مجداً ناجحاً، فإن كان مخفقاً في دراسته، فلا جدوى في تعليمه، وعليه الانصراف إلى تعلم مهنة حرة تكفيه.

وأضاف بعض الحنفية : من يلحقه العار بالتكسب بسبب وجاهته وكونه من أبناء الأشراف ، فإنه يستحق النفقة على أبيه . وانتقد ذلك بأن الاكتساب لتوفير مؤونته ومؤونة عياله فرض ، فكيف يكون عاراً ؟! وقالوا : الأولى بأن الولد إذا كان من أبناء الكرام ، ولا يستأجره الناس ، فهو عاجز يستحق النفقة . والحق أنه لا امتياز في الإسلام لبعض الناس على بعض ، وأن كبار الصحابة منهم أبو بكر وعلي كانوا يتجرون و يعملون ، وليس في العمل أي عار ، فلا وجه لتمييز بعض الأولاد على عامة الناس .

٣ ـ ألا يختلف الدين في رأي الحنابلة وحدهم : فلا تجب النفقة في عمودي النسب مع اختلاف الدين ، في الرواية المعتمدة لديهم ؛ لأنها مواساة على البر والصلة ، فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب ، ولأنهما غير متوارثين ، فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة ، ومن الشروط عندهم أن يكون المنفق وارثاً ، لقوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ، فيجب أن تختص النفقة بمن تجب صلته وبمن كان وارثاً ، فإن لم يكن وارثاً فلا نفقة له ، لعدم القرابة .

ولم يشترط الجمهور غير الحنابلة اتحاد الدين لنفقة الأولاد ، لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وهو يدل على أن الولادة سبب لإيجاب نفقة الأولاد على أبيهم ، والولادة ثابتة ، سواء مع اتحاد الدين أو اختلافه ، ولأن النفقة وسيلة الحياة ، والحياة مطلوبة ولو مع الكفر ؛ لأن المال لا أهمية له في الحقيقة ، والله تعالى يرزق المؤمن والكافر على السواء .

المطلب الثالث ـ من تجب عليه نفقة الأولاد :

اتفق الفقهاء[1] على أنه إذا كان الأب موجوداً وموسراً أو قادراً على الكسب ،

---

(١) فتح القدير : ٣٤٦/٣ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار : ٩٢٦/٢ ، ٩٣٥ ، الشرح الصغير : ٧٥٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص٢٢٣ ، المهذب : ١٦٦/٢ ، المغني : ٥٨٩/٧ ـ ٥٩٢ ، مغني المحتاج : ٤٥٠/٣ ومابعدها .

فعليه وحده نفقة أولاده ، لا يشاركه فيها أحد ، لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له .. ﴾ الذي يفيد حصر النفقة فيه ، ولأنهم جزء منه ، فنفقتهم وإحياؤهم كنفقة نفسه .

أما إذا لم يكن الأب موجوداً ، أو كان فقيراً عاجزاً عن الكسب لمرض أو كبر سن أو نحو ذلك ، كانت نفقتهم في رأي **الحنفية** على الموجود من الأصول ذكراً كان أو أنثى إذا كان موسراً ، فتجب على الجد وحده إذا كان موسراً ، أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة . وللجد أو الأم إذا كان الأب موجوداً معسراً غير مريض مرضاً مزمناً الرجوع على الأب في حال يساره ، ويكون ما أنفقه ديناً على والدهم . كما يجوز الرجوع عليه إذا أمر القاضي بالإنفاق .

وإذا وجد الجد مع الأم فعليها النفقة بنسبة ميراثها ، فيكون على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان . وإذا كان هناك جد وأم أم ، فعلى الجدة السدس وعلى الجد الباقي ، بنسبة ميراثها . وإذا كان الجد مع الجدتين : أم الأم وأم الأب ، فعلى الجدتين السدس مناصفة بينهما ، وعلى الجد الباقي ، بمقدار ميراثها .

وإن كان أقارب الولد غير وارثين ، بأن كانوا من ذوي الأرحام ، فالنفقة على أقربهم درجة . وإن اتحدت درجتهم ، كانت النفقة عليهم بالسوية .

وإن كان بعض الأقارب وارثاً ، والآخر غير وارث ، كانت النفقة على الأقرب ، وإن لم يكن وارثاً ، فإن تساووا في درجة القرابة ، وجبت النفقة على الوارث دون غيره .

ورأى **المالكية** : أنه تجب النفقة على الأب وحده دون غيره ؛ لأن النبي ﷺ قال لرجل سأله ، عندي دينار ؟ قال : « أنفقه على نفسك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على أهلك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على خادمك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنت أعلم به » ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء .

وذهب **الشافعية** : إلى أنه إذا لم يوجد الأب أو كان عاجزاً ، وجبت النفقة على

الأم، لقوله تعالى: ﴿ لا تضارّ والدة بولدها ﴾ ولأنه إذا وجبت النفقة على الأب وولادته من جهة الظاهر، فلأن تجب على الأم، وولادتها مقطوع بها، أولى. وتجب عليها نفقة ولد الولد؛ لأن الجدة كالأم، والجد كالأب في أحكام الولادة.

وإذا استوت درجة القرابة واستحقاق الإرث وجبت النفقة على المتساوين؛ لأن علة إيجاب النفقة تشملها. وإن تفاوتت درجة القرابة فالأصح أن أقربها تجب النفقة عليه، وارثاً كان أو غيره، وإن استوى قربها، يقدم الوارث في الأصح. فإن كان هناك أم وجد أبو أب، فالنفقة كلها على الجد في الأصح، لأنه ينفرد بالتعصيب، فأشبه الأب. وإن كان للفرع أجداد وجدات يدلي بعضهم ببعض فالنفقة على الأقرب منهم. وإن لم يدل بعضهم ببعض فتلزم النفقة بالقرب.

وقال **الحنابلة** في ظاهر المذهب: إذا لم يكن للولد الصغير أب، وجبت نفقته على كل وارث على قدر ميراثه، لقوله تعالى: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ثم قال: ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ فأوجب على الأب نفقة الرضاع، ثم عطف الوارث عليه، فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد. وسأل رجل النبي ﷺ قال: «من أبر؟ قال: أمك وأباك وأختك وأخاك» وفي لفظ: «ومولاك الذي هو أدناك حقاً واجباً، ورحماً موصولاً»[1] وهذا نص في المطلوب؛ لأن النبي ﷺ ألزمه الصلة والبر، وكون النفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً. فإن كان للولد وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر، فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه:

فإن كان للولد الصغير أم وجد، فعلى الأم ثلث النفقة، وعلى الجد ثلثا النفقة؛ لأنهما يرثانه، والله تعالى قال: ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ والأم وارثة، فكان عليها بالنص.

---

(١) رواه أبو داود عن كُلَيب بن مَنْفعة عن جده بلفظ «... ومولاك الذي يلي ذاك، حق واجب، ورحم موصولة» (نيل الأوطار: ٦/٣٢٧).

وإن كانت جدة وأخ، فعلى الجدة سدس النفقة، والباقي على الأخ، وعلى هذا يكون ترتيب النفقات على ترتيب الميراث، فكما أن للجدة ههنا سدس الميراث، فعليها سدس النفقة، وكما أن الباقي للأخ، فكذلك الباقي من النفقة عليه.

وإن اجتمع أبوا أم، فالنفقة على أم الأم؛ لأنها الوارثة. وإن اجتمع أبوا أب، فعلى أم الأب السدس، والباقي على الجد. وإن اجتمع جد وأخ، فهما سواء. وإن اجتمعت أم وأخ وجد، فالنفقة بينهم أثلاثاً. وقال الشافعي: النفقة على الجد في هذه المسائل كلها إلا المسألة الأولى، فالنفقة عليهما بالسوية.

المطلب الرابع - مقدار نفقة الأولاد وصيرورتها ديناً وسقوطها وتعجيلها:

اتفق الفقهاء[1] على أن نفقة القريب من ولد وولد ولد مقدرة بقدر الكفاية من الخبز والأدم والمشرب والكسوة والسكنى والرضاع إن كان رضيعاً على قدر حال المنفق وعوائد البلاد؛ لأنها وجبت للحاجة، فتتقدر بقدر الحاجة، وقد قال النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية.

وإن احتاج الولد المنفق عليه إلى خادم يخدمه، فعلى الوالد إخدامه؛ لأنه من تمام كفايته.

وإن كانت له زوجة، وجبت نفقة زوجته عند الشافعية والحنابلة؛ لأنها من تمام الكفاية. ولا تجب نفقة زوجة الابن على المذهب عند الحنفية. وتسقط نفقة الزوجة عند المالكية في حال إعسار الزوج.

---

(1) البدائع: ٣٨/٤، القوانين الفقهية: ص٢٢٣، المهذب: ١٦٧/٢، المغني: ٥٩٥/٧، مغني المحتاج: ٤٤٩/٣، الشرح الصغير: ٧٥٣/٢ - ٧٥٤.

ولا تصير هذه النفقة عند الحنفية ديناً في الذمة أصلاً، سواء فرضها القاضي أم لا، بخلاف نفقة الزوجات، فإنها تصير ديناً في الذمة بفرض القاضي أو التراضي.

وقال الشافعية: لا تصير نفقة الولد ديناً على الوالد إلا بفرض قاضٍ أو إذنه في اقتراض بسبب غيبة أو امتناع عن الإنفاق.

وتسقط نفقة الولد عند الفقهاء بمضي الزمن من غير قبض ولا استدانة؛ لأنها وجبت على الوالد لدفع الحاجة، وقد زالت الحاجة لما مضى، فسقطت، بخلاف نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان عند غير الحنفية، ولا تسقط عند الحنفية بعد القضاء بها أو التراضي عليها، وإنما تسقط بمضي الزمان قبل القضاء أو التراضي. واستثنى المالكية حالة قضاء الحاكم بنفقة الأقارب، فإنها تصبح متجمدة في الماضي فلا تسقط بمضي الزمن.

وذكر الحنفية: أنه إذا عجل الشخص نفقة مدة في الأقارب، فمات المنفق عليه قبل تمام المدة، لا يسترد شيئاً منها، بلا خلاف.

المبحث الثالث ـ نفقة الأصول ـ أو الآباء والأمهات:

يتضمن أربعة مطالب:

الأول ـ وجوب نفقة الأصول وتعيينهم

الثاني ـ شروط وجوبها

الثالث ـ من تجب عليه

الرابع ـ مقدار هذه النفقة

المطلب الأول ـ وجوب نفقة الأصول وتعيينهم :

تجب نفقة الوالدين وإن علوا عند الجمهور[1] ، لقوله تعالى : ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً ﴾ ومن الإحسان أن ينفق عليهما عند الحاجة ، وقوله عز وجل : ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ومن المعروف الإنفاق عليهما ولو كانا مخالفين في الدين ، فإنها نزلت في الأبوين الكافرين ، وليس من المعروف أن يعيش إنسان في نعم الله تعالى ويترك أبويه يموتان جوعاً .

وقال ﷺ : «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم ، فكلوه هنيئاً مريئاً»[2] وقال أيضاً لرجل سأله : من أبر ؟ قال : «أمك ، ثم أمك ، ثم أمك ، ثم أباك ، ثم الأقرب فالأقرب»[3] .

والأصول الذين تجب نفقتهم **عند الجمهور :** هم الآباء والأجداد ، والأمهات والجدات ، وإن علوا ؛ لأن «الأب» يطلق على الجد وكل من كان سبباً في الولادة ، كذلك «الأم» تطلق على الجدة مهما علت ، فقد أطلق القرآن كلمة «الأبوين» على آدم وحواء ، وقال تعالى : ﴿ ملة أبيكم إبراهيم ﴾ ، ولأن بين الولد وأصله قرابة توجب رد الشهادة ، فأشبه الجد والجدة الوالدين القريبين ، ويكون الأجداد والجدات من الآباء والأمهات ، فيقوم الجد مقام الأب عند عدمه ، وقد أجمع العلماء على أن الجدة تحرم على الإنسان ، كما تحرم عليه أمه في الزواج ، لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ .

وقال الإمام مالك : الأصول الذين تجب نفقتهم : هم الآباء والأمهات المباشرون ، لا الأجداد والجدات مطلقاً ، سواء من جهة الأب أو الأم . فلا تجب نفقة على جد أو جدة ، كما لا تجب على ولد ابن . والصحيح هو قول الجمهور .

---

(١) فتح القدير : ٣٤٧/٣ ، البدائع : ٣٠/٤ ، الشرح الصغير : ٧٥٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص٢٢٣ ، المهذب : ٦٥/٢ و مابعدها ، مغني المحتاج : ٤٤٦/٣ ، المغني : ٥٨٣/٧ .

(٢) رواه أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) رواه أبو داود .

المطلب الثاني ـ شروط وجوب النفقة للأصول :

يشترط لوجوب الإنفاق على الأصول ما يأتي[1] :

١ً ـ أن يكون الأصل فقيراً ، أو عاجزاً عن الكسب : فإن كان قادراً على الكسب فتجب أيضاً نفقته عند الحنفية ، والشافعية في الأظهر؛ لأن الله تعالى أمر بالإحسان إلى الوالدين ، وفي إلزام الآباء بالاكتساب مع غنى الأبناء ترك للإحسان إليهم وإيذاء لهم ، وهو لا يجوز، ويقبح بالإنسان أن يكلف قريبه الكسب مع اتساع ماله . وهذا بعكس الابن فإنه لا نفقة له إذا كان قادراً على الكسب ، فيلزمه التكسب ؛ لأن الله تعالى نهى الولد عن إلحاق أدنى الأذى بالوالدين وهو التأفيف في قوله تعالى : ﴿ ولا تقل لهما أف ﴾ ولم يوجد النهي في الابن .

وقال المالكية والحنابلة : لا يلزم الفرع بنفقة الأصل إذا كان قادراً على الكسب ، فيجبر على كسب يستغني به ، ولا نفقة له ؛ لأنها تجب على سبيل المواساة والبر والصلة ، والكاسب كالموسر مستغن عن المواساة .

٢ً ـ أن يكون الفرع موسراً بمال ، أو قادراً على التكسب في رأي الجمهور، وقال المالكية : لا يجب على الولد المعسر تكسب لينفق على والديه .

وعلى رأي الجمهور: يشترط أن يكون مال الفرع أو مردود كسبه فاضلاً عن نفقة نفسه إما من ماله وإما من كسبه ، فأما من لا يفضل عنه شيء ، فليس عليه شيء ، لحديث جابر المتقدم : «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن فضل فعلى عياله ، فإن كان فضل فعلى قرابته» وفي لفظ : «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» ولحديث أبي هريرة السابق في ترتيب النفقة على النفس ، ثم على الولد ، ثم على الزوج ، ثم على الخادم .

---

(١) فتح القدير : ٣٤٧/٣ ، البدائع : ٣٤/٤ ومابعدها ، القوانين الفقهية : ص٢٢٣ ، الشرح الصغير : ٧٥٢/٢ ومابعدها ، المهذب : ١٦٦/٢ ، مغني المحتاج : ٤٤٨/٣ ، المغني : ٥٨٤/٧ .

٣ً ـ أن يكون المنفق وارثاً في رأي الحنابلة ، فلا نفقة مع اختلاف الدين لقوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ولأن التوارث بسبب القرابة يجعل الوارث أحق بمال المورث ، فينبغي أن يختص بوجوب صلة قريبه بالنفقة دون غير الوارث ، ولأن هذه النفقة مواساة على البر والصلة ، فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب .

وقال الحنفية : يشترط أن يكون المنفق قريباً مستحقاً للإرث من قريبه ، إلا أنهم مع المالكية والشافعية يقولون : اتحاد الدين ليس شرطاً لوجوب نفقة الأصل على الفرع ، فتجب النفقة عليه وإن اختلف الدين ؛ لأنه تعالى قال في حق الوالدين الكافرين : ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم ، فلا تطعهما ، وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ وليس من المعروف ترك الإنفاق عليهما مع القدرة . وهذا هو الصحيح .

المطلب الثالث ـ من تجب عليه نفقة الأصول :

تجب نفقة الأصول على الولد لا يشاركه في نفقة أبويه أحد[1] ؛ لأنه أقرب الناس إليهما ، فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه . وهي عند الحنفية على الذكور والإناث بالسوية ؛ لأن المعنى يشملهما .

وتجب أيضاً في رأي الجمهور على ولد الولد ، ولا تجب في رأي المالكية على ولد الابن .

تعدد الفروع : إن لم يوجد غير ولد واحد تجب عليه نفقة الأصل كما بينا ، فإن تعدد الفروع : فقال الحنفية[2] : إن اتحدت درجة قرابتهم كابنين أو بنتين أو ابن

---

(١) فتح القدير : ٣/٣٤٨ ومابعدها ، الشرح الصغير : ٢/٧٥٢ ومابعدها ، المهذب : ٢/١٦٥ ومابعدها ، المغني : ٧/٥٨٣ ومابعدها .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٢/٩٣٤ ومابعدها .

وبنت، وجبت النفقة بالتساوي بينهم، سواء أكانوا وارثين أم بعضهم وارثاً والآخر غير وارث، للتساوي في القرب والجزئية، ولا ينظر إلى أن الابن يأخذ ضعف البنت في الميراث.

وإن اختلفت درجة قرابتهم كبنت وابن ابن، وجبت نفقة الأصل على الأقرب.

فالحنفية في حال تعدد الفروع اعتبروا درجة القرابة، وفي حال تعدد الأصول اعتبروا الإرث أحياناً، وأهملوه أحياناً أخرى. وكان ينبغي التسوية بين الفروع والأصول، لتساويهم في علة وجوب النفقة وهي الجزئية.

وقال المالكية[1]: إن تعدد الأولاد وزعت النفقة على الأولاد الموسرين بقدر اليسار إذا تفاوتوا فيه.

وقرر الشافعية[2]: أنه إن اتحدت درجة قرابة الفروع كابنين أو بنتين، أنفقا بالتساوي وإن تفاوتا في قدر اليسار، أو أيسر أحدهما بالمال، والآخر بالكسب؛ لأن علة إيجاب النفقة تشملهما.

وإن اختلفت درجة قرابة الفروع كابن وابن بنت، فالأصح أن النفقة على أقربهما وهو الابن هنا، سواء أكان وارثاً أم غيره، ذكراً كان أم أنثى؛ لأن القرب أولى بالاعتبار. فإن استوى قربهما فتجب في الأصح النفقة بالإرث، لقوته.

وإذا تساوى الفرعان في الإرث، فكانا وارثين كابن وبنت، فهناك وجهان: قيل: يستويان في قدر الإنفاق، أي كما قال الحنفية، وقيل: يوزع الإنفاق عليهما بحسب الإرث، والوجه الأول أوجه.

---

(١) الشرح الصغير: ٧٥٢/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٤٥٠/٣ ومابعدها.

ورأى الحنابلة[1] : أنه إن اتحدت درجة قرابة الفروع كابن وبنت ، فالنفقة بينهما أثلاثاً كالميراث ، كالوجه الثاني لدى الشافعية ، لقوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ فإنه رتب النفقة على الإرث ، فيجب أن تترتب في المقدار عليه . وإن اختلفت درجة القرابة كبنت وابن ابن ، فالنفقة بينهما نصفين كالميراث .

المطلب الرابع ـ مقدار نفقة الأصول :

نفقة القرابة في الجملة[2] تجب بقدر الكفاية كما بينا ؛ لأنها تجب للحاجة ، فقدرت بالكفاية .

وعلى الولد في رأي الجمهور نفقة زوجة الأب وإعفافه بالتزويج بزوجة واحدة ، وكذا عند المالكية والحنابلة بأكثر من زوجة إن لم يحصل الإعفاف بواحدة ؛ لأنه معنى يحتاج الأب إليه ، ويلحقه الضرر بفقده ، فوجب كالنفقة . والراجح عند الحنفية عدم وجوب نفقة زوجة الأب ؛ لأن الزوجة من أعظم الملاذ ، فلم تجب للأب كالحلواء .

المبحث الرابع ـ نفقة الحواشي وذوي الأرحام :

يشتمل على مطالب ثلاثة :

الأول ـ وجوب نفقة الأقرباء من غير الأصول والفروع .

الثاني ـ شروط وجوب نفقة الحواشي وذوي الأرحام .

الثالث ـ تعدد من تجب عليهم نفقة الأقارب .

---

(١) المغني : ٧/٥٩١ .

(٢) المغني : ٧/٥٩٥ ، مغني المحتاج : ٣/٤٤٨ ، المهذب : ٢/١٦٧ .

المطلب الأول ـ وجوب نفقة الأقرباء من غير الأصول والفروع :

تجب نفقة الأقارب من الحواشي وذوي الأرحام كالإخوة والأخوال والأعمام وأبناء الإخوة والعمات والخالات[1] لقوله تعالى : ﴿ وآت ذا القربى حقه ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ، وبالوالدين إحساناً ، وبذي القربى ﴾ وقوله ﷺ : « يد المعطي العليا ، وابدأ بمن تعول ، أمَّك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك أدناك »[2] وقال رجل : يا رسول الله ، من أبر ؟ قال : « أمَّك وأباك ، وأختك ، وأخاك ، ومولاك الذي يلي ذاك ، حق واجب ، ورحم موصولة »[3] .

فهذه الآيات والأحاديث تدل على وجوب الإنفاق على القريب العاجز . وللعلماء آراء ثلاثة :

الأول ـ مذهب الحنفية : أن النفقة تجب لكل ذي رحم محرم كالعم والأخ وابن الأخ والعمة والخالة والخال ، ولا تجب لغير ذي رحم محرم كابن العم وبنت العم ، ولا لمحرم غير ذي رحم كالأخ رضاعاً .

الثاني ـ مذهب الحنابلة : أن النفقة تجب لكل قريب وارث ، بفرض أو تعصيب كالأخ الشقيق أو لأب أو لأم ، والعم ، وابن العم ، ولا تجب لذوي الأرحام كبنت العم والخال والخالة والعمة ونحوهم ممن لا يرث بفرض ولا تعصيب ؛ لأن قرابتهم ضعيفة ، وإنما يأخذون مال المتوفى القريب عند عدم الوارث ، فهم كسائر المسلمين .

ورأى ابن تيمية وابن القيم وغيرهما من بعض الحنابلة : أن النفقة تجب لكل

---

(١) فتح القدير : ٣٥٠/٣ ، الدر المختار ورد المحتار : ٩٣٧/٢ ومابعدها ، القوانين الفقهية : ص٢٢١ ـ ٢٢٣ ، المهذب : ١٦٦/٢ ، المغني : ٥٨٥/٧ ومابعدها .

(٢) رواه النسائي عن طارق المحاربي ، وأخرجه أيضاً ابن حبان والدارقطني وصححاه (نيل الأوطار : ٣٢٧/٦) .

(٣) رواه أبو داود، والبغوي وابن قانع والطبراني في الكبير والبيهقي عن كليب بن منفعة عن جده (المرجع السابق) .

قريب من غير الأصول والفروع (غير عمودي النسب) إذا كان وارثاً، فتجب النفقة لذوي الأرحام كالعمة والخالة والخال، لقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ فقد جعل النفقة على غير المولود له لمن يستحق الإرث من الأقرباء.

الثالث ـ مذهب المالكية والشافعية: ألا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالإخوة والأعمام وغيرهم؛ لأن الشرع ورد بإيجاب نفقة الوالدين والمولودين، وأما من سواهم فلا يلحق بهم في الولادة وأحكامها، فلم يلحق بهم في وجوب النفقة.

المطلب الثاني ـ شروط وجوب نفقة الحواشي وذوي الأرحام.

لا يثبت وجوب نفقة هؤلاء الأقرباء عند الحنفية[1] إلا بالقضاء أو الرضا، حتى لو ظفر أحدهم بجنس حقه قبل القضاء أو الرضا، ليس له الأخذ، بخلاف الزوجة والولد والأبوين، فإن لهم الأخذ قبل ذلك. وتسقط هذه النفقة بمضي المدة، بعد قضاء القاضي بها، لأنها تجب كفاية للحاجة، فلا تجب مع اليسار، إلا إن أذن القاضي بالاستدانة على القريب.

ويشترط لوجوب نفقة هؤلاء الأقرباء في رأي الحنفية ما يلي[2]:

١ً ـ أن يكون القريب ذا رحم محرم فقيراً، عاجزاً عن الكسب: لصغر أو أنوثة أو مرض أو عمى، أي فلا تقتصر هذه النفقة على الصغير أو الأنثى، وإنما تشمل الكبير العاجز عن الكسب بنحو مرض مزمن أو عمى؛ لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة. والفاصل بينهما أن يكون ذا رحم محرم، وقد قال تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ وقرأ ابن مسعود: «وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك».

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٩٣٧/٢، فتح القدير: ٣٥٤/٣.

(٢) فتح القدير: ٣٥٠/٣ ـ ٣٥٤، الدر المختار ورد المحتار: ٩٣٨/٢ ـ ٩٤١، اللباب: ١٠٥/٣ ـ ١٠٨.

ولابد من تحقق وصف الحاجة أو الصغر، أو الأنوثة، أو الزمانة، أو العمى أمارة الحاجة، لتحقق العجز. فإن كان القريب قادراً على الكسب فلا نفقة له على قريبه؛ لأنه غني بكسبه، فلا تجب نفقته على أحد، بخلاف الأبوين؛ لأنه يلحقهما تعب الكسب، والولد مأمور بدفع الضرر عنهما، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب.

٢ً- اتحاد الدين مع القريب المنفق: فلا نفقة على القريب مع اختلاف الدين، كما لا توارث مع اختلاف الدين، ووجوب النفقة على القريب مبني على استحقاق الإرث.

وذلك بخلاف الزوجة والأصول والفروع علواً أو نزولاً؛ لأن نفقة الزوجة تجب بمقابلة الاحتباس، وأما غيرها فلثبوت الجزئية، وجزء المرء في معنى نفسه، فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفر، لا تمتنع نفقة جزئه، إلا أن هؤلاء إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم، ولو كانوا مستأمنين؛ لأنا نهينا عن بر من يقاتلنا في الدين.

٣ً- أن يكون المنفق موسراً: فلو كان القريب المحرم معسراً، لا تجب عليه النفقة لقريبه المحتاج، ولو كان قادراً على الكسب؛ لأن وجوب هذه النفقة بطريق الصلة، والصلة تجب على الغني لا على الفقير.

واختلف الصاحبان في حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة[١]:

فقال أبو يوسف: الموسر: هو الذي يملك نصاب الزكاة وهو عشرون مثقالاً أو ديناراً من الذهب[٢] أو مائتا درهم فضة؛ لأن الغني في الشرع هو مالك النصاب الذي تستحق فيه الزكاة، ونفقة ذي الرحم صلة، والصلات إنما تجب على الأغنياء كالصدقة.

---

(١) البدائع: ٣٥/٤.

(٢) تساوي العشرون مثقالاً ذهبياً ٩٦ غم بالمثقال العجمي، و ١٠٠ غم بالمثقال العراقي.

وقال محمد : الموسر: هو من له نفقة شهر، وعنده مال فاضل عن نفقة شهر لنفسه ولعياله ؛ لأن مازاد على كفاية شهر، فهو غني عنه في الحال، والشهر يتسع للاكتساب، فكان عليه صرف الزيادة إلى أقاربه . قال الكاساني : وما قاله محمد أوفق، وهو أنه إذا كان له كسب دائم، وهو غير محتاج إلى جميعه، فما زاد على كفايته، يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال . ولا يعتبر النصاب ؛ لأن النصاب إنما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية، والنفقة حق العبد الآدمي، فلا معنى لاعتبار النصاب فيها، وإنما يعتبر فيها إمكان الأداء .

المطلب الثالث ـ من تجب عليهم نفقة الأقارب :

عرفنا أنه إذا لم يكن لمستحق النفقة إلا قريب واحد موسر: فإن كان القريب من أصوله أو فروعه، وجبت نفقته عليه، ولو لم يكن وارثاً له، كجد لأم أو ابن بنت . وذلك باتفاق الجمهور غير المالكية .

وإن كان القريب من الحواشي، وجبت نفقته عليه في رأي الحنفية إن كان ذا رحم محرم كالأخ والعم والعمة، وفي رأي الحنابلة إن كان وارثاً بفرض أو تعصيب كالأخ لأم وابن العم .

أما إن تعدد من تجب عليهم نفقة الأقارب، فقد اختلف الحنفية مع المذاهب الأخرى في توزيع النفقة عليهم .

مذهب الحنفية :

توزع النفقة على الأقارب في رأي الحنفية[1] بحسب أصنافهم في الحالات الأربعة التالية وهي :

الأولى : أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٩٣٤/٢ ـ ٩٣٦ ، الأحوال الشخصية ، زكي الدين شعبان : ص ٧٠٢ ـ ٧٠٨

الثانية : أن يكون له أصول وحواشي[1] .

الثالثة : أن يكون له فروع وحواشي .

الرابعة : أن يكون له خليط من الأصول والفروع والحواشي .

ونبين حكم كل حالة فيما يأتي :

الحالة الأولى ـ أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع :

إذا كان لمستحق النفقة أصول وفروع : فإن تفاوتوا في درجة القرابة وجبت النفقة على الأقرب ، سواء أكان وارثاً أم غير وارث . مثل أب وابن ابن أو بنت بنت ، ومثل أم وابن ابن ، تجب النفقة على الأب في المثال الأول ، وعلى الأم في المثال الثاني ؛ لأن الأب والأم أقرب درجة . ولكن يلاحظ أن النفقة تجب حينئذٍ على غير الوارث .

وإن تساووا في درجة القرابة : وجبت النفقة بنسبة ميراثهم ، إلا إذا كان فيهم ابن أو بنت ، فالنفقة على الابن أو البنت ، ففي أب وابن تجب النفقة على الابن لترجحه بقوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك» وفي جد (أبي أب) وبنت بنت ، تكون النفقة على الجد ؛ لأنه الوارث ، وأما بنت البنت فهي من ذوي الأرحام ، لا ترث مع الجد .

الحالة الثانية ـ أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشي :

إذا كان لمستحق النفقة أصول وحواشي ، كأم وأخ شقيق أو لأب : فإن كان كل من الصنفين وارثاً ، وجبت النفقة عليهم بنسبة الإرث . وإن كان أحد الصنفين وارثاً ، والآخر غير وارث ، فالنفقة على الأصول وحدهم ، ولو كانوا غير وارثين ، ترجيحاً لاعتبار الجزئية على غيرها .

---

(١) الحواشي : من ليس من عمود النسب ، أي ليس أصلاً ولا فرعاً .

مثال كون الأصل وارثاً : جد لأب وأخ شقيق ، تكون النفقة على الجد .

ومثال كون الأصل غير وارث : جد لأم وعم ، تكون النفقة على الجد أيضاً ، لترجحه في المثالين بالجزئية .

ومثال كون كلا الصنفين وارثاً : أم وأخ ، أو ابن أخ أو عم ، يكون على الأم ثلث النفقة ، وعلى العصبة الثلثان .

الحالة الثالثة - أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواشي :

إذا كان لمستحق النفقة فروع وحواشي ، فالنفقة تجب على الفروع ، ولا شيء على الحواشي ولو كانوا وارثين ، لترجح قرابة الجزئية على غيرها .

ففي بنت وأخت شقيقة ، تكون النفقة على البنت فقط ، ولا شيء على الأخت ، وإن ورثت النصف .

وفي ابن نصراني ، وأخ مسلم ، تكون النفقة على الابن فقط ، وإن كان الوارث هو الأخ .

الحالة الرابعة - أن يكون لمستحق النفقة خليط من الأصول والفروع والحواشي :

إذا كان لمستحق النفقة أقارب من الأصول والفروع والحواشي ، فالحكم كالحالة الأولى ، تكون النفقة على الأصول والفروع على النحو المبين في الحالة الأولى ، لقوة قرابة الجزئية بالنسبة لغيرها ، ويسقط الحواشي بالفروع ، فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول .

وإن وجد الأصول وحدهم وكان معهم أب ، فالنفقة عليه فقط ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد ، وإن وجد الحواشي فقط ، وزعت النفقة بمقدار الميراث مع كون الواحد ذا رحم محرم .

مذهب الحنابلة:

أولاً - تجب النفقة في رأي الحنابلة[1] على الأقارب بحسب الإرث، فمن له أم وجد، فعلى الأم ثلث النفقة، وعلى الجد ثلثا النفقة. ومن له ابن وبنت، فالنفقة بينهما أثلاثاً كالميراث، ومن له جدة وأخ، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ. ومن له بنت وأخت، فعلى البنت النصف، وعلى الأخت النصف. ومن له أبوا أم، فالنفقة على أم الأم؛ لأنها الوارثة. ومن له أبوا أب، فعلى أم الأب السدس، والباقي على الجد، وإن اجتمع جد وأخ، فهما سواء. وإن اجتمعت أم وأخ وجد، فالنفقة بينهم أثلاثاً.

واستثنوا من قاعدتهم ما إذا كان للمستحق أب، فعليه النفقة وحده، ولم تجب على من سواه، لقوله تعالى: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ وهذا بخلاف الحنفية حيث يجعلون النفقة على الابن وحده إن وجد.

ثانياً - إذا اجتمع أصل وفرع وارثان، وكان أقربهما معسراً والأبعد موسراً، وجبت النفقة على الموسر الأبعد، فمن له أم فقيرة، وجدة موسرة، فالنفقة على الجدة فقط.

ثالثاً - إذا اجتمع قريبان موسران، وأحدهما محجوب عن الميراث بقريب فقير، فإذا كان المحجوب من عمودي النسب (الأصول والفروع) لا تسقط عنه النفقة، وإن كان من غيرهما، فلا نفقة عليه. فمن كان له أبوان وجد، والأب معسر، فالأب كالمعدوم، وتكون النفقة أثلاثاً، على الأم الثلث، وعلى الجد الباقي. ومن له أبوان وأخوان وجد، والأب معسر، فلا شيء على الأخوين؛ لأنهما محجوبان، وليسا من عمودي النسب، وتكون النفقة على الأم الثلث، والباقي على الجد، كالمسألة السابقة.

---

(١) المغني: ٥٨٧/٧ - ٥٩٣

رابعاً - إذا لم يكن لمستحق النفقة إلا واحد موسر من ورثته، لزمته النفقة بقدر ميراثه فقط، على الصحيح من المذهب.

وتقدم الزوجة على باقي الأقارب، عملاً بحديث جابر المتقدم: «إذا كان أحدكم فقيراً، فليبدأ بنفسه، فإن كان له فضل فعلى عياله، فإن كان له فضل فعلى قرابته».

وقد أخذ القانون السوري بمذهب الحنابلة لعدالته، واتفاقه مع قاعدة «الغرم بالغنم» فتوزع النفقات حسب الإرث، ولا يتقيد إيجاب النفقة للأقرباء بالمحرمية. أما المذهب الحنفي فقد يوجب النفقة أحياناً على قريب لا يرث، ولا يوجبها على القريب الوارث. وأما بقية أحكام النفقات فمأخوذة من الفقه الحنفي.

مذهب الشافعية:

توزع النفقة في رأي الشافعية[1] على الوالدين والمولودين على النحو التالي:

من استوى فرعاه في القرب والإرث أو عدمها كابنين أو بنتين، أو ابن وبنت، فعليهما النفقة بالسوية، لا بحسب الميراث، وإن تفاوتا في قدر اليسار، أو أيسر أحدهما بالمال والآخر بالكسب.

وإن كان أحدهما أقرب والآخر وارثاً، وجبت النفقة على الأقرب دون الوارث في الأصح.

وإن استويا في استحقاق الإرث، كبنت وبنت ابن، كانت النفقة عليهما.

وإن تساويا في القرب، فيقدم الوارث في الأصح لقوته، كابن وابن بنت، تجب النفقة على الأول دون الثاني.

---

(١) مغني المحتاج: ٤٥٠/٣ - ٤٥١، المهذب: ١٦٦/٢

وإن تساويا في الإرث كابن وبنت: فهناك وجهان: قيل يستويان، وقيل: توزع النفقة بحسب الإرث، والأول أوجه.

والقاعدة في الأصول قريبة من قاعدة الفروع، فمن له أبوان، فالنفقة على الأب، ومن له أجداد وجدات فعلى الأقرب إن أدلى بعضهم ببعض، أما إن لم يدل بعضهم ببعض، فيقدم بالقرب.

ومن له أصل وفرع: فالنفقة في الأصح على الفرع، وإن بعُد، كأب وابن ابن؛ لأن عصوبته أقوى.

وتقدم الزوجة عندهم على باقي الأقارب، كما قال الحنابلة؛ لأن نفقتها آكد؛ لأنها لا تسقط بمضي الزمان.

مذهب المالكية:

توزع النفقة في رأي المالكية الراجح[1] على الأولاد الموسرين بقدر اليسار إذا تفاوتوا فيه. وقيل: توزع بحسب الرؤوس، بغض النظر عن الذكورة والأنوثة.

وقيل: توزع بحسب الإرث، فعلى الذكر مثل حظ الأنثيين.

نفقة الأقارب في القانون السوري:

أخذ القانون السوري بمذهب الحنفية في نفقة الأقرباء ماعدا توزيع النفقات عند تعدد من تجب عليه النفقة، وإيجابها لهم بدون تقييد بالمحرمية، فإنه أخذ ذلك من المذهب الحنبلي. وهاهي نصوص القانون:

م ١٥٤ ـ نفقة كل إنسان في ماله، إلا الزوجة فنفقتها على زوجها.

م ١٥٥ ـ

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي: ٧٥٢/٢ وما بعدها.

١ ـ إذا لم يكن للولد مال، فنفقته على أبيه، مالم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية.

٢ ـ تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى، ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله.

م ١٥٦ ـ

١ ـ إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة، غير عاجز عن الكسب، يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب.

٢ ـ تكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب يرجع عليه بها إذا أيسر.

م ١٥٧ ـ

١ ـ لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها.

٢ ـ يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد، إلى أن يوسر.

م ١٥٨ ـ يجب على الولد الموسر ذكراً كان أو أنثى، كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقراء، ولو كانا قادرين على الكسب، مالم يظهر تعنت الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلاً أو عناداً.

م ١٥٩ ـ تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية، على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية.

م ١٦٠ ـ لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع.

م ١٦١ ـ يقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء، ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الأولاد على أبيهم عن مدة سابقة للادعاء، على ألا تتجاوز أربعة أشهر.

فهرس
الجزء السابع

انتهى الجزء السابع

ويتبعه الجزء الثامن

الوصايا والوقف والإرث